

*Al Chiarissimo Sig. Università
G. Sciacca*

SUL
TITOLO PRELIMINARE
DEL
CODICE CIVILE

DISSERTAZIONE PER LAUREA IN GIURISPRUDENZA

DI
GAETANO SCIACCA

(stampata per deliberazione della Commissione esaminatrice)

TORINO
TIPOGRAFIA V. VERCELLINO
1876



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato Anselmi

OA. - b.

388

SUL
TITOLO PRELIMINARE

DEL
CODICE CIVILE

DISSERTAZIONE PER LAUREA IN GIURISPRUDENZA

DI
GAETANO SCIACCA

(stampata per deliberazione della Commissione esaminatrice)



TORINO
TIPOGRAFIA V. VERCELLINO
1876



LIBRO PRELIMINARE

CODICE CIVILE

LIBRO PRIMO - DEI DIRITTI PERSONALI

LIBRO SECONDO

LIBRO TERZO - DEI DIRITTI REALI

LIBRO QUARTO - DEI DIRITTI DI FAMIGLIA
LIBRO QUINTO - DEI DIRITTI DI SUCCESSIONE
LIBRO SESTO - DEI DIRITTI DI OBBLIGO

A MIO PADRE

A malgrado del voto benevolo della Commissione esaminatrice, io non sono ben convinto che sia una spesa produttiva quella per dare alle stampe questa Dissertazione. Di pubblico, già s'intende, non c'è da parlarne, e degli amici che l'avranno fra le mani, alcuni si fermeranno al titolo del lavoro, ed al nome del..... (diciamo così) dello Autore: altri più indulgentine scorreranno la prima pagina e daranno all'ultima uno sguardo distratto; e tra le due specie dei lettori, io non esito a confessare che avranno dimostrato molto maggior spirito quelli della prima. Anche io sono del loro parere, e non leggerei una dissertazione per Laurea in Giurisprudenza, neanche se mi si promettessero in compenso tutti i milioni di Rothschild, o tutta la sapienza di Salomone. Di tutto ciò io sono ben convinto, eppure mi decido a far gemere i torchi, ed a confidare ai compositori, e quindi al tranquillo e polveroso oblio degli Archivi dell' Università, e del Ministero della Pubblica Istruzione le mie osservazioni sul Titolo preliminare del Codice Civile.

A chi mi dicesse che mi contraddico io farei osservare, con tutto rispetto, che quando si trova, per commettere una cattiva azione, un gerente responsabile, nel maggior numero dei casi non si resiste alla tentazione. — Ecco : io credo sinceramente di non fare un'azione meritoria a stampare questo scritto: eppure, giacchè il Regolamento universitario mi vi autorizza, anzi mi vi obbliga in certa qual guisa, la mia coscienza è tranquilla, e se colpa vi ha, è tutta del Regolamento. Eppoi, io son sicuro che i miei buoni genitori leggeranno queste pagine con interesse e con affettuosa indulgenza, e ciò mi basta: è perfettamente inutile il preoccuparmi di un pubblico che non avrò.

Ciò premesso, non sarà inutile il dire qualche parola sui motivi che m'indussero a scegliere per tema della mia Dissertazione il Titolo preliminare del Codice Civile.

Fu detto da una persona autorevole, che se il mio scritto eccede di molto i confini ordinarii di un lavoro per Laurea, esso è però ben lontano dal trattare largamente tutta la materia, sulla quale, si volle aggiungere, si possono scrivere dei volumi. Si possono scrivere, è un modo di dire poco compromettente; si sono scritti, dirò io. E chi ignora che il Merlin ha scritto un volume sulla retroattività, che il Thibaut ha fatto sulla *interpretazione* un libro stupendo e che sul dritto internazionale privato il Rocco, il Foelix ed il Fiore, per tacere di tanti altri, hanno pubblicato notevoli trattati? Ma a parte l'ingegno e gli studi di questi eminenti Giureconsulti e Pubblicisti, essi non scrivevano per un esame di Laurea, ma per il pubblico, e non da studenti, ma da insigni Maestri. In sostanza, l'osservazione che mi fu fatta si può tradurre in questi termini più precisi

e più chiari: « Voi siete un bravo giovanotto, ma siete ben lontano tuttavia dall'essere un Merlin, un Thibaut od un Rocco »; ed in verità per giungere a questa convinzione, bastavano il mio ingegno limitato ed i miei pochi studi, e non erano per nulla necessari i *lumi* di quell'autorevole persona.

Ma forse mi si volle far comprendere con quel rimprovero che io avevo scelto un tema troppo vasto e troppo sproporzionato alle mie forze; ed in ciò io convengo pienamente. Con molto maggior piacere avrei senza dubbio trattato una qualche quistione che riguardasse la scienza che ho studiato con più amore, e forse con più profitto, l'Economia politica. Ma non esitai a lungo ad abbandonare questa idea. Ai nostri giorni l'atteggiarsi ad economista è così di moda, com'era cinquant'anni fa, il trucidare un tiranno, ben inteso uno di quei tiranni così comodi dell'Alfieri che si lasciano insultare per quattro atti di seguito ed uccidere al quinto. Io non ho voluto seguire questa moda: l'economia politica, a mio avviso, non vuole dei dilettanti che ripetano a sazietà dei principii generali mandati a memoria, ma degli scienziati sul serio che coordinino questi principii e traccino i limiti della loro applicazione. Ciò è molto meno agevole che l'espore la teorica di Malthus senza averlo mai letto, o il criticare le dottrine di Ricardo o di Carey sulla rendita della terra, stando a ciò che ne dice un compendio qualunque. Insomma, io amavo troppo l'economia politica per confessare pubblicamente che era il mio un amore infelice.

Gli statuti personali e reali saranno meno esigenti, pensai: essi non sono usi a sentirsi spesso nominare negli esami

di laurea, e le ombre dei due Vöet e di Rodenburg, mi saranno gratissime di averle evocate nell'*aula magna* dell'Università. Questa considerazione valse a decidermi: la smania di novità è troppo generale ai nostri tempi, perchè sia necessario lo spiegarè, come mi lusingasse il pensiero di fare qualche cosa di nuovo nella mia sfera modesta di Dottore in leggi *in fieri*. Avrò forse trattato male il mio tema, ma sono stato il primo a trattarlo in un esame di laurea: è una magra consolazione, se si vuole, ma è pure qualche cosa.

Si è molto disputato sulla convenienza di premettere al Codice Civile queste disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale. Fu notato che esse in sostanza non sanciscono, singolarmente nei primi cinque articoli, che dei principii generali di dritto, universalmente ammessi, e che troverebbero un posto più adatto in un trattato di giurisprudenza, che in un Codice Civile. E qui si è ripetuta la vecchia massima che il legislatore deve comandare, non istruire; massima che se è giusta dentro certi limiti, può dar luogo ad assurde conseguenze qualora sia troppo largamente intesa.

Per altro, se è certo che il Magistrato deve tener presenti questi principii di diritto nell'interpretare e nell'applicare le leggi, mal si comprende perchè il legislatore non debba sancirli colla sua sovrana autorità, ma abbandonarli piuttosto all'arbitrio del giudice ed alle fluttuazioni della dottrina e della giurisprudenza. Il Rosmini lamenta nella sua *Filosofia del dritto*, che la maggior parte dei giureconsulti si ostini a riconoscere nella *certezza* e non nella *giustizia* il carattere essenziale delle leggi. Senza entrare a discutere questa dottrina del filosofo di Roveredo, si può per lo meno far notare che i giureconsulti che egli vuol

confutare non sono, in questa parte, che i rappresentanti delle opinioni generalmente invalse nel nostro secolo, e non fanno che esprimere un bisogno vivamente sentito dall'universale. Ottima è quella legge che lascia al giudice il minor arbitrio possibile; ecco il principio fondamentale della scienza della legislazione moderna.

Fu osservato inoltre che, come queste disposizioni si riferiscono in generale a tutte le leggi e non soltanto alle civili, esse avrebbero dovuto formare una legge a parte, ovvero trovar posto nello Statuto fondamentale del Regno, non esser premesse al Codice Civile. È questo un argomento di Geografia giuridica (per ripetere la frase ardita di un egregio professore di questa Università) il quale non può avere che una importanza molto secondaria. In primo luogo queste disposizioni si riferiscono alle leggi già fatte, e non hanno che un'affinità molto remota colla costituzione del Regno, la quale si occupa del modo di formare le leggi. Al nostro legislatore poi parve miglior partito il farne un titolo preliminare al Codice Civile, che è il più gran monumento della nostra legislazione, e che offre una maggiore garanzia di stabilità.

Quanto agli ultimi sette articoli di questo titolo, che danno il vigore di leggi alle principali e più indisputate regole di dritto internazionale privato, le discussioni sono state assai più vive; ma in generale i giureconsulti ed i pubblicisti, anche stranieri, hanno fatto plauso all'ardita iniziativa della Commissione coordinatrice. Che la sovranità dello Stato non si eserciti che sui suoi cittadini e sul suo territorio, questo è innegabile; ma trarre da questo principio inconcusso un argomento contro la opportunità di qualunque codificazione, in materia di dritto interna-

zionale privato, ecco ciò che non può essere così facilmente ammesso. Il nostro legislatore ha stabilito che i beni immobili, qualunque ne sia il proprietario, sono regolati dalle leggi del territorio in cui sono posti; per questa parte adunque egli non ha ecceduto i suoi poteri. Nè li ha ecceduti per quel che riguarda il dritto successorio e lo stato e la capacità delle persone, perchè egli in questa parte non ha fatto che riconoscere l'impero della legge nazionale delle varie persone. Che egli non abbia varcato i limiti della sua autorità, neppure colle altre disposizioni, apparirà più chiaro in seguito quando avremo a passare in rassegna le disposizioni medesime. Basti per ora il far notare, che il nostro legislatore ha posto termine alla diffidenza tra i sudditi dei diversi Stati elevata a sistema, anche per ciò che riguarda i rapporti puramente privati, e che senza porre mente alla reciprocità, egli ha generosamente largheggiato in favore dello straniero. Il titolo preliminare adunque segna un grande progresso nel campo del dritto, ed è veramente degno di essere premesso al Codice Civile Italiano.

ARTICOLO I.

La sanzione del Re, che è parte integrante del potere legislativo, dà alla legge approvata dai due rami del Parlamento nazionale l'esistenza; ma essa non diventa esecutoria che colla promulgazione, che è quell'atto del supremo potere esecutivo, con cui si comanda di eseguire e di far eseguire la legge. Ma sarebbe il colmo dell'ingiustizia il pretendere che una legge obblighi i cittadini, mentre in fatti essi non la conoscono; e nessun atto di tirannia si può immagi-

nare, che più offenda la coscienza pubblica del vedere punito un uomo per aver disobbedito ad una legge che egli ignorava. È necessario quindi darne cognizione a coloro che debbono conformarvi la propria condotta, non si potrebbe rendere altrimenti la legge obbligatoria. I giureconsulti romani avevano espressamente consacrato questo principio: *leges sacratissimae intelligi ab omnibus debent, ut universi, praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur* (L. q. C. De legibus).

Dopo ciò è facile il vedere quale differenza corra tra i concetti di sanzione, promulgazione e pubblicazione, e come a torto la Convenzione Nazionale Francese, con Decreto 14 Frimaio, anno secondo (4 Dicembre 1793), confondesse tra loro questi due ultimi atti del potere sovrano. Varii sistemi furono dai Legislatori immaginati per determinare dopo quanto tempo dalla sua pubblicazione la legge diventasse obbligatoria. Per regola generale nel Dritto Romano una legge diveniva obbligatoria dal giorno della sua promulgazione « *ex die quo promulgata est vires suas obtinet* ». S'ingannarono quindi quegli autori che credettero potere affermare, che secondo il Dritto Romano le leggi non diventavano obbligatorie che due mesi dopo la loro pubblicazione. L'argomento che essi traggono dalla Novella 66, capo 1º, non ha valore alcuno, perchè con essa l'Imperatore Giustiniano voleva regolare un caso particolare (si trattava di una legge recentemente fatta sopra la forma dei testamenti), ma non disporre in generale per tutte le Leggi.

Il Codice Napoleone stabiliva all'articolo primo che la « promulgazione dovrà presumersi conosciuta nel dipartimento della residenza del Governo, trascorso un giorno

dopo quello della promulgazione; ed in ciascuno degli altri dipartimenti dopo lo stesso termine coll'aggiunta di altrettanti giorni, quante decine di miriametri sarà distante il capo luogo di ciascun dipartimento, dalla città dove sarà stata fatta la promulgazione ». Questo sistema fu seguito, salvo qualche piccola modificazione, dal Codice pel Regno delle due Sicilie, e da molti altri che si modellarono sul francese. Il Legislatore italiano però con molta ragione lo ha abbandonato, in vista degl'inconvenienti che poteva produrre. In effetto, una volta pubblicata, la legge obbliga tutti i cittadini, i quali non possono addurre la scusa dell'ignoranza, in virtù del principio che *ignorantia legis neminem excusat*; ma secondo il Codice Francese, questa non poteva essere, ed effettivamente non era, che una presunzione *juris tantum*, che doveva cedere innanzi alla prova contraria. Nella sessione del 24 Brumaio, anno X, al Consiglio di Stato, il primo Console chiese che si redigesse un articolo speciale per la pubblicazione delle leggi nelle Colonie; ed il Ministro della Giustizia rispose: che il progetto di legge non stabiliva se non una presunzione generale, che doveva cedere innanzi alla certezza dei fatti, non solo per ciò che riguarda le Colonie, ma per il Continente ancora. Così se una invasione straniera, lo straripamento di un fiume, od altro ostacolo naturale, renda impossibile l'arrivo del corriere nel termine fissato, la legge non si presumerà portata a conoscenza del pubblico, nè quindi obbligatoria. Ma qui occorre una distinzione, che subito fecero i giureconsulti francesi. Quando la pubblicazione delle leggi nel giorno stabilito dall'articolo primo, è resa impossibile per un ostacolo generale, come sarebbe quello di una invasione di un eser-

cito straniero, occorrerà un atto del potere esecutivo che modifichi i termini; quando invece trattisi di un caso speciale, è sufficiente il lasciarlo all'apprezzamento dei Magistrati.

Il Codice Italiano seguì un sistema più ragionevole; esso stabilì che le leggi si presumono conosciute e divengono obbligatorie 15 giorni dopo la loro promulgazione, salvo che nella legge promulgata non si disponga altrimenti. In questo modo si evitarono molte incertezze, e la presunzione che le leggi siano universalmente conosciute dopo i termini stabiliti dall' articolo primo si eresse a presunzione *juris et de jure*. La pubblicazione poi delle leggi consiste nella loro inserzione nella Raccolta ufficiale delle leggi e decreti, e nell'annunzio di tale inserzione nella Gazzetta ufficiale del Regno.

ARTICOLO II.

La legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo.

Ecco un principio generalmente ammesso, e che sembra di facilissima applicazione. Ma forse non vi è disposizione di legge, che abbia dato luogo a maggiori controversie, e che abbia fatto immaginare un più gran numero di sistemi. Ciò che ha principalmente impedito ai giureconsulti di porsi d'accordo, è, come ha detto benissimo il sig. Duvergier, la soverchia importanza ed estensione che si è voluto attribuire a questo principio. Si è voluto farne una regola assoluta anche per il Legislatore, ed il signor Portalis ha detto: « *Le pouvoir de la loi ne peut s'étendre sur des choses qui ne sont plus, et qui par là-même sont hors de*

tout pouvoir ». La quistione è mal posta, come ognun vede; che la legge non possa estendere il suo impero sopra cose che più non sono, tutti lo ammettono; ma si tratta di sapere, se una nuova legge possa regolare alcuni rapporti giuridici, che ripetono la loro origine da un fatto avvenuto sotto l'impero di un'altra legge. Ciò è ben diverso. Il sig. Beniamino Costant fu anche più reciso, egli ebbe a dire che la retroattività è il più grande attentato che la legge possa commettere: « È l'infrazione del patto sociale, è l'annullamento delle condizioni, in virtù delle quali la società ha « il dritto di esigere l'ubbidienza dell'individuo, perchè gli « rapisce le guarentigie, che gli assicurava in cambio di « quella ubbidienza, che è un sacrificio ». Il sig. Portalis per verità non dice nulla di tutto ciò; pare che egli si renda conto della difficoltà estrema di sostenere la sua dottrina. Egli si domanda: « *Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus, qui existaient avant la loi que l'on promulgue pour les réprimer? parce qu'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal* ». Ma come stabilire, *a priori*, che il rimedio sarà peggiore del male: e come non si accorse quel gran Giureconsulto, che era questa una quistione di convenienza, che doveva essere in tutto lasciata al prudente apprezzamento del Legislatore? In ogni modo, poichè questa disposizione si trova in fronte al Codice Civile, noi dobbiamo intenderla come una regola per i Magistrati nell'applicare la legge, non come un comando per il Legislatore medesimo. Il Savigny ebbe a dire, parlando della estensione che si vuol dare al principio della non retroattività: « Io sono lontano dal contrastare alla verità ed alla « importanza di questo principio. Ma non posso approvar

« coloro, che rappresentano la sua autorità siccome universale: poichè esso è verissimo per una specie di regole di dritto, ma non lo è egualmente per un'altra specie di « regole » (*Sist. del dritt. Rom.*, § 384). In questo senso inteso, e con certi limiti che più sotto traccieremo, tutti i Legislatori hanno reso omaggio a questo principio. L'Imperatore Teodosio nella legge settima, *C. de Leg.*, diceva: *Leges et constitutiones certum est futuris dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim, et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis, cautum sit.....*

Quando il Magistrato si trova di fronte ad una disposizione di legge, e vuol sapere se essa regoli solamente l'avvenire, ovvero se estenda anche al passato i suoi effetti, la prima domanda che egli deve fare a sè stesso è questa: Il Legislatore ha voluto retroagire? Egli deve cercare nelle parole e nello spirito della legge gli elementi per risolvere questa quistione. Questa è la prima regola, e tutte le altre ad essa possono riferirsi. Spesso però accade che dal testo della legge non appare se essa abbia voluto retroagire; allora bisogna trovare la soluzione nella natura stessa delle disposizioni. Quando, a cagion d'esempio, appaia evidente, che è molto meglio per la Società il soffrire la perturbazione, che è necessario effetto di un brusco cangiamento nella legislazione, anzichè assoggettarsi ancora per un tempo, più o meno lungo, a tutti quei danni, che la nuova legge ha voluto prevenire, allora si dovrà estendere questa legge anche al passato. Questa non è una soluzione generale, ma per certo è un avviamento a ben risolvere la quistione.

In prima, per quanto riguarda le leggi penali, è principio universalmente riconosciuto che, tra due leggi diverse, deve sempre essere applicata la più mite. Un reato è commesso: nell'intervallo tra il tempo del commesso reato e quello del giudizio penale, la legge cambia, e la pena per quel misfatto è aggravata. È evidente che non si potrebbe applicare, senza grande ingiustizia, la pena più grave; poichè il delinquente non ha violato la nuova legge, ma l'antica, sotto l'impero della quale la pena più mite era reputata sufficiente. Facciasi ora l'ipotesi contraria; si supponga che la pena comminata dalla nuova legge sia più mite. Uno degli elementi principali, che il Legislatore deve tener presente nella graduazione delle pene, è quello della convenienza sociale. La pena non deve essere soltanto giusta, ma sì ancora necessaria; vale a dire che non deve essere nè più, nè meno grave di quel che sia necessario per prevenire i reati. Ora se la nuova legge ha diminuito una pena, è segno evidente che ha creduto bastare per punizione di un dato delitto una sofferenza minore: non potrebbero adunque i Giudici, senza eccedere i loro poteri, pronunziare una pena che era stata cancellata dal nuovo Codice Penale. In quanto alle altre leggi importa fare una importante distinzione. Se si tratti della costituzione dello Stato o dell'organamento dei pubblici poteri, siccome ogni ritardo potrebbe essere pericoloso, bisogna applicare subito la nuova legge. Per altro i cittadini sanno che se la legge riconosce in loro dei dritti politici, lo fa meno per il loro personale vantaggio che per l'interesse dello Stato. Essi quindi non potranno lamentarsi se la legge, per ragioni di utilità pubblica, loro tolga ciò che, per gli stessi

motivi, aveva loro conferito. Se, a cagion d'esempio, una nuova legge elettorale stabilisse che per essere elettore politico bisogna avere trent'anni compiuti, o pagare un censo più elevato di quel che sia richiesto dalla legge attuale, molti che hanno il dritto di elettorato politico lo perderebbero subito, coll'andare in vigore la nuova legge. Ciò è ammesso da tutti gli scrittori: nessuno ha mai preteso di avere il dritto acquisito di essere giurato, milite della guardia nazionale, ovvero elettore politico o amministrativo. Le leggi che interessano la sicurezza dello Stato, l'ordine pubblico o il buon costume son assimilate alle leggi costituzionali, ed hanno effetto immediato; esse non possono trovare nessun dritto acquisito che le arresti nel loro cammino; poichè nessun dritto si può acquistare che leda i dritti dello Stato, o che offenda il buon costume.

Le leggi poi che regolano i rapporti puramente privati, per regola generale, non hanno effetto retroattivo; poichè è raro che in esse il bisogno di un mutamento subitaneo sia imperioso al punto di vincere ogni altra considerazione. Ma anche questa regola soffre numerose eccezioni che è importante il giustificare. Le leggi che regolano lo stato e la capacità delle persone differiscono in molti punti da quelle che si occupano delle cose. Queste possono esser modificate dalla libera volontà dei privati, quelle non già che sono poste in una sfera molto più elevata, ed interessano più da vicino tutta la società. Che un muro divisorio si presuma comune sinchè non vi è titolo o prova in contrario, o che non si faccia luogo a questa presunzione, ciò interesserà moltissimo i privati, ma non avrà sul ben essere della società che un'influenza remota e quasi incal-

colabile: ma che si debba ammettere o no il divorzio, sarà questa una disposizione di legge, che avrà un nesso grandissimo coll'ordine pubblico. Nelle leggi della prima specie adunque si farà meno spesso sentire il bisogno della retroattività che non in quelle della seconda. In queste ultime gli scrittori sogliono fare una distinzione che non mi sembra abbastanza giustificata malgrado l'autorità del sig. Merlin che è tra coloro che l'hanno adottato. O le nuove leggi migliorano lo stato delle persone di cui trattano, ovvero lo rendono peggiore. Nel primo caso, se non vi è pregiudizio dei dritti acquisiti dei terzi, la nuova legge deve subito applicarsi. Nel secondo non può avere effetto immediato se non che « *pour les personnes qui au moment de sa publication se trouvent encore dans l'état dont elles déterminent la durée* » (MERLIN, *Repert.* verbo *Loi*). Così, dice Abramo di Wesel, i giovani che sotto l'antica costituzione della provincia di Utrecht erano divenuti completamente *sui iuris* all'età di 22 anni, non ricaddero sotto tutela per la nuova legge del 1658, che trasportò ai 25 anni l'età della piena emancipazione; e così fu deciso dagli Stati di quella provincia con un rescritto interpretatorio del 1° giugno 1659. Questa opinione del sig. Merlin mi sembra insostenibile. Se gli Stati di Utrecht credettero di interpretare in tal guisa la legge, essi lo fecero come legislatori, non come giudici; ma in sostanza il loro provvedimento equivalse ad una dilazione all'applicazione della nuova legge. In effetto il dritto di essere *sui iuris* non può essere considerato come irrevocabilmente acquisito, poichè se la legge lo ha dato, la legge può toglierlo. Sarebbe una manifesta ingiustizia il dichiarare nulli gli atti emanati dal

minore, quando per l'antica legge egli godeva della piena capacità giuridica, ma è conforme a ragione di proibirgli di farne dei nuovi: giacchè se il legislatore ha ritenuto doversi protrarre il termine della maggior età, egli lo ha fatto ispirandosi a considerazioni d'interesse pubblico e privato insieme. Il signor Dalloz, ammessa la medesima distinzione di leggi che migliorano o che rendono peggiore lo stato delle persone, ne trae delle conseguenze giuste con logica singolare. Le leggi dell'ultima specie non peggiorano lo stato delle persone che in apparenza soltanto; in realtà esse non mirano che al vantaggio delle persone medesime. Nell'esempio addotto i figli sono favoriti tanto dalla legge che trae indietro, come da quella che porta innanzi l'epoca della maggiore età. Nel primo caso nessuno penserà mai a lamentarsi di acquistare dei dritti che prima non aveva; e nel secondo a chi si dolesse di perdere un beneficio già acquistato, si potrebbe rispondere: il legislatore ha voluto premunirvi contro la vostra inesperienza, ha misurato sopra l'estensione delle vostre facoltà intellettuali la latitudine che conveniva lasciarvi nell'esercizio diretto dei vostri dritti; se vi ha aggiunto la protezione ed i lumi di un terzo non ha fatto che consultare il vostro proprio interesse. Evidentemente questo ragionamento è fondato sopra un equivoco: due specie opposte e contraddittorie non potrebbero essere regolate da un unico principio. Il vero si è che questa distinzione delle leggi in odiose e favorevoli, fatta all'oggetto di estendere e di restringere le loro disposizioni, è abusiva; e che le parole *vantaggio*, *miglioramento* non hanno un senso abbastanza preciso e ben determinato per essere assunte a criterio d'interpretazione;

ed ora si considerano sotto l'aspetto dell'interesse pubblico, or del privato. *Nulla lex satis commoda omnibus*, diceva benissimo Catone.

Il sistema del sig. Duvergier mi sembra da adottarsi con qualche modificazione. I fatti che possono esercitare una influenza qualunque sullo stato e sulla capacità delle persone sono atti volontari o involontarii. I dritti che ripetono la loro origine dalla volontà umana sono in generale più rispettabili di quelli, che nascono indipendentemente da questa volontà. Così, se la legge si occupa dello stato delle persone, essa non può modificare, nè distruggere le qualità che furono acquistate per mezzo di atti emanati dalla volontà delle stesse persone. Se uno straniero ha acquistato la qualità di nazionale, una nuova legge non potrebbe togliergliela coll'imporre altre condizioni ed altre formalità per questo acquisto. Ma senza essere retroattiva, potrebbe la nuova legge stabilire che la nazionalità si perde in altri modi che non quelli stabiliti dall'antica legge: poichè, in tal guisa, essa non regola il passato, ma il futuro, e non fa che comminare una pena per un fatto che essa ha proibito. Parimenti, coloro che si maritarono validamente, non perdono la qualità di sposi, perchè una nuova legge ha creato degl'impedimenti che prima non esistevano, ovvero ha prescritto per il matrimonio delle forme diverse da quelle che erano prima in vigore.

Supponiamo ora che un matrimonio sia contratto, ma che sia affetto da vizii tali che ne producano la nullità. Dopo qualche tempo avviene un cangiamento nella legislazione, e non è più riconosciuto dalla nuova legge quel motivo di nullità. Potranno i coniugi promuovere sotto la

nuova legge la domanda in nullità del loro matrimonio? La quistione è delicata, come ognun vede, e la dottrina vi si è travagliata intorno con sottili distinzioni. Si è detto che in questi casi la nuova legge suole e deve fissare un termine, scorso il quale, tutte le nullità siano sanate, e si debbano ritenere validi tutti i matrimoni precedentemente contratti. Ma questo non è di certo un risolvere la quistione. Se il Legislatore ha disposto in questo senso, tutti i dispareri sono finiti, e non resta alla dottrina ed alla Giurisprudenza che inchinarsi al suo sovrano volere. Ma che si dovrà decidere nel caso in cui il Legislatore non abbia fissato alcun termine, e non abbia espressamente provveduto alle difficoltà che possono sorgere per l'applicazione della nuova legge? Io ritengo che allora tutte le nullità sarebbero di pien dritto sanate; poichè è inconcepibile che il giudice pronunzii l'annullamento di un matrimonio, che secondo la legge del tempo del giudizio e della sentenza è perfettamente valido e quindi indissolubile. Nè si può dire che in questo modo la legge retroagisca, e violi dei dritti rispettabili, poichè essa non distrugge che dei dritti in potenza, i quali per diventare veri dritti avrebbero bisogno del fatto ulteriore dell'uomo. Una contraria dottrina produrrebbe gravi disordini sociali e sarebedannosa all'ordine pubblico. È inutile l'aggiungere che quando il giudizio di annullamento sia iniziato prima che la nuova legge divenga obbligatoria, allora deve sempre essere applicata la legge antica; poichè in questo caso si tratta di un *dritto in atto* che è conseguenza di un fatto volontario dell'uomo. Similmente i coniugi maritati sotto una legge che permetteva il divorzio, non potranno più domandarlo, quando una nuova legge lo abbia proibito.

Ciò s'intende facilmente; quel che s'intende molto meno è il perchè il sig. Duvergier voglia assimilare a questi casi, quello della morte civile. Secondo l'opinione di questo Giureconsulto, la morte civile non cessa, per variare che faccia la legge, sotto la quale fu pronunziata. Ciò non mi sembra conforme ai principii di ragione: da una parte non mi pare molto esatto il dire che la morte civile sia una conseguenza di un atto volontario dell'uomo. Dentro certi limiti si può sostenere che chi ha commesso un reato ha voluto assoggettarsi alla pena, che la legge infligge all'autore di quel reato. Ma ciò deve intendersi discretamente, perchè, preso in senso assoluto, condurrebbe a delle conseguenze monstruose. Senza entrare in lunghe discussioni, basterà lo addurre un esempio per far comprendere il pericolo di questa dottrina dell' eminente Giureconsulto. Un reato fu commesso; l'autore di esso fu condannato a subire ogni giorno la tortura per dieci anni. Dopo qualche tempo che egli sconta la pena, sopravviene una nuova legge che abolisce la tortura, siccome ingiusta ed inumana. Chi vorrebbe sostenere che questa legge non debba avere un effetto immediato? Che si dica che il delinquente col fatto proprio ha voluto una pena, ciò potrà stare in qualche guisa; ma per ciò che riguarda la qualità della pena egli non ha potuto fare che subirla. Per conseguenza, quando i cangiamenti introdotti dalla nuova legge versano sulla quantità e sui gradi della pena e li diminuiscono, il condannato sotto l'impero di un'altra legge più severa non potrà invocare in suo favore le nuove e più benigne disposizioni. Ma quando il Legislatore, ispirandosi a principii più miti e liberali, cancelli una pena ingiusta ed inumana (come quella della

morte civile) dal Codice Penale; tutti trarranno vantaggio da questa legge. Non ci pare adunque da adottare nè la opinione del sig. Merlin, che non ammette nessuna influenza delle leggi nuove sulle sentenze pronunziate prima della loro pubblicazione (*Rep.*, T. XVI, pag. 287), nè quella del sig. Valette (*Sur.*, PROUDHON, T. I, pag. 37) che troppo abunda in senso contrario.

La morte civile poteva essere la conseguenza di un atto volontario dell' uomo, come l' affiliazione a corporazioni religiose, la pronunzia di voti monastici. Il sig. Duvergier ammette che, per una nuova legge, che sciolga le corporazioni religiose, proibisca i voti monastici per l'avvenire, ed annulli quelli pronunziati in passato, la morte civile cessa, e gli affiliati a queste corporazioni riacquistano la pienezza della capacità giuridica. Ma, egli dice, ciò avviene perchè la legge lo ha espressamente voluto; la morte civile non era che conseguenza del voto pronunziato, ed annullata la causa, è naturalmente rimosso l'effetto. Ciò non è esatto; una legge veramente liberale non si occuperà di annullare i voti, essa si limiterà a sciogliere le corporazioni religiose ed a non riconoscere in alcuno le qualità di *monaco* o di *laico*. D'altra parte, le corporazioni religiose sono istituzioni contrarie allo spirito dei nostri tempi ed al progresso civile, e non possono essere materia di dritto acquisito. La cessazione della morte civile si opererà quindi, anche in questo caso, di pien dritto, coll'andare in vigore la nuova legge.

La ricognizione di un figlio naturale, una volta fatta, ed una sentenza di dichiarazione di paternità o di maternità, una volta pronunziata, sono degli atti compiuti, sono

effetti di un fatto volontario dell'uomo che devono essere rispettati dalla nuova legge. Ma che si dirà del caso in cui un individuo nato sotto l'impero di una legge, che l'autorizzava a ricercare i suoi genitori naturali, voglia in fatto ricercarli, dopochè una nuova legge è stata promulgata che vieta queste indagini? Il sig. Merlin crede che si debba applicare la legge del tempo della nascita del figlio naturale; ma questa opinione mi sembra non si possa ammettere, poichè, come fa notare molto giustamente il sig. Demolombe, la causa efficiente ed immediata dei rapporti legali di paternità e di filiazione non è il fatto unico, il fatto assoluto ed astratto della nascita, ma bensì, agli occhi della legge, è la sentenza pronunciata nelle condizioni da essa determinate. Sinchè questa causa non si è verificata, non vi può essere luogo a diritto acquisito. Se la nuova legge ha vietato le indagini sulla paternità, lo ha fatto ispirandosi a gravi considerazioni di morale e di ordine pubblico: è quindi urgente che essa produca immediatamente il suo effetto per evitare danni maggiori, e non potrebbe essere arrestata nel suo cammino da una semplice facoltà non esercitata, e che nulla aveva ancora prodotto.

Un illustre Giureconsulto di Amsterdam, il sig. Meyer, aveva sostenuto questa opinione colle medesime ragioni, a un dipresso, che io ho addotte; ed il sig. Merlin cercò di confutarlo adducendo il principio che sulla questione, se un mezzo di prova di un fatto sia ammissibile, o no, bisogna consultare unicamente la legge del tempo in cui il fatto è avvenuto. Evidentemente ciò è un voler portare la questione sopra un altro terreno; qui non si tratta dell'am-

missibilità di una o di un'altra prova, ma sì di tutte le prove, ciò che è ben differente.

I rapporti di parentela e specialmente le qualità di padre e di figlio, siano insieme legittimi e naturali, o legittimi solamente, ovvero solo naturali, non possono essere annullati dalla nuova legge, la quale non può che modificare i doveri e le obbligazioni risultanti da tali qualità. Questo fatto sembra essere in manifesta opposizione colla teorica esposta; poichè da parte del figlio vi è un dritto acquisito, senza che vi sia un atto volontario, a meno che non si tratti di figlio solamente legittimo. Ma chi ben guardi, la contraddizione non è che apparente. Se non si pon mente al modo con cui il figlio ha acquistato tale qualità, egli è perchè in questa materia si ha un riguardo specialissimo al fatto del padre, che ha volontariamente creato dei rapporti di dritto. Eppoi, siccome questi rapporti di parentela sono la base del vivere sociale, non si potrebbe, senza produrre un grave sconvolgimento nella società, annullarli o modificarli. Ma la cosa cambia d'aspetto per ciò che riguarda i doveri e le obbligazioni che sono conseguenze di questi rapporti. Nessun padre potrebbe mai sostenere di avere il dritto acquisito di esercitare la patria potestà nei termini e colle condizioni stabilite dall'antica legge: giacchè la patria potestà non gli fu concessa dal Legislatore per il suo vantaggio, ma per quello del figlio e per l'interesse della società. Siccome quindi si tratta di materie che interessano da vicino l'ordine pubblico, la nuova legge deve avere effetto immediato. Lo stesso si può ripetere esattamente per la potestà maritale, che è regolata dalla nuova legge, anche per i coniugi che contrassero matrimonio,

prima della sua promulgazione. Ma questo principio non è di facile applicazione ed occorre, per bene intenderlo, fare una distinzione. Il matrimonio, atto civile, è preceduto dal contratto di matrimonio, il quale apporta per solito delle modificazioni alla capacità giuridica della donna, e per conseguenza ancora alla potestà del marito. Ora è principio universalmente ammesso, e che più sotto esporremo, che i contratti devono essere retti dalla legge in vigore al tempo in cui sono stati stipulati. La distinzione, alla quale ho accennato, toglie questa apparente contraddizione. Se la nuova legge è personale, talchè le parti non possano derogarvi, se essa si propone principalmente di regolare la capacità, essa deve avere effetto immediato, ed applicarsi anche a coloro che avevano contratto matrimonio sotto l'impero di un'altra legge. Così, la donna maritata, sotto una legislazione che le permetteva di alienare i suoi beni senza il consenso del marito, non può alienarli quando una legge nuova richieda quest'autorizzazione. Su questo punto la giurisprudenza è fissata. Se, al contrario, la nuova legge concerne più direttamente i beni che le persone, se essa è una legge reale, la cosa andrà altrimenti ed i contratti di matrimonio stipulati prima della sua promulgazione sfuggiranno alla sua influenza. Sinora si è applicato il principio della non-retroattività alle leggi che regolano lo stato e la capacità delle persone, e se non si è fatta una esposizione completa della materia, si sono almeno tracciati i limiti, entro cui l'articolo secondo deve essere contenuto. Egli è che era impossibile il determinare sistematicamente, e con istudio minuto di applicazioni, l'influenza di questo principio regolatore dell'impero della legge nel

tempo, senza varcare i confini che mi sono imposti dalla natura del lavoro. Il sig. Demolombe ha detto molto acconciamente che si potrebbe intitolare questo capitolo della retroattività, « *del conflitto delle leggi* », conflitto tra la legge antica e la nuova. Ora, questi conflitti sono tanti, presso a poco, quante le disposizioni della legge: ma io credo che tutti possono essere risolti per ciò che riguarda le leggi personali, coi principii che ho esposto sinora.

Bisogna adesso vedere sino a qual punto le leggi, che regolano le cose, possano violare i dritti acquisiti e le aspettative nate prima della loro pubblicazione. Cominciamo dal determinare che cosa sia un dritto acquisito. È il dritto, bene e legittimamente divenuto nostro, che noi possiamo attualmente esercitare, e che il potere pubblico deve proteggere e difendere contro le altrui violenze: è un dritto al quale non si può apportare alcuna modificazione. Ora siccome su questi dritti i privati hanno fatto assegnamento e li hanno considerati come loro assoluta proprietà, non potrebbe la nuova legge annullarli o modificarli, senza ledere dei dritti rispettabili, senza produrre dei gravi disordini. I dritti e le obbligazioni risultanti da sentenza passata in forza di cosa giudicata costituiscono dei veri dritti acquisiti e non si risentono per nulla dei cangiamenti avvenuti nella legislazione. La sentenza infatti forma tra le persone, tra le quali pronunzia, una specie di contratto (*ut in stipulatione contrahitur, ita in iudicio contrahitur*): per conseguenza i dritti nascenti da una sentenza sono almeno tanto rispettabili, quanto quelli che ripetono la loro origine da un contratto. È da avvertire inoltre che, quando all'esercizio di un dritto si

appone un termine, il dritto non ha perciò una esistenza meno certa ed attuale; e che quando un dritto è subordinato ad una condizione, la condizione adempita ha effetto retroattivo sino al tempo del nascimento del dritto. Un passo di Reinharth citato dal sig. Merlin esprime con molta precisione le idee sinora esposte: *Quaecumque negotia iam ante legem novam latam, quoad essentiam suam fuerunt perfecta, licet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro, eoque non extensivo, adhuc expectent, ea ad praeterita omnino referenda sunt, adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam vero ex nova lege lata dijudicanda, modo non integrum sit negotium, iuxta novae legis placita emendandi et perficiendi.*

Al contrario del dritto acquisito l'aspettativa non ha esistenza certa ed attuale; essa non è che un germe dei dritti, i quali hanno bisogno per svilupparsi che si verifichino ulteriori avvenimenti; una nuova legge può quindi modificarla senza violare il principio della non retroattività. Una prima regola si può adunque formulare: una nuova legge è senza influenza sui dritti definitivamente acquisiti al momento della sua pubblicazione; ma lo stesso non si può dir sempre per quelle che non sono al suo apparire se non che semplici aspettative. La prima parte di questa regola è chiara e precisa, ma la seconda ha bisogno, per essere esattamente intesa, di un largo svolgimento. Un passo di Bartolo sulla legge 9 del *Digesto* ha dato occasione a molte dispute tra i giureconsulti. Il passo è il seguente: *Aut jus quaesitum est in antiqua lege, tunc lex antiqua servanda modo lex antiqua tribuat jus sine aliquo facto sed ex mera et pura voluntate et dispositione legis, et sine facto, et ministerio ali-*



cuius, ut in dote, doario et aliis juribus ex ipso matrimonio, contracti jure, competentibus sine alio hominis ministerio: aut vero ut jus quaeratur factum hominis desideratur, nec jure et lege jus quaeritur sed factum aliquod requiritur, tunc illa lex aut consuetudo servanda, sub qua tale factum incidit. — Quando si tratta di dritti che sono conferiti dalla legge col solo suo potere, allora non bisogna avere riguardo che alla legge, sotto la quale sono nati. Questa prima parte della dottrina di Bartolo non presenta difficoltà di sorta; ma sulla seconda sono necessarie alcune spiegazioni. Se per acquistare un dritto conferito dalla legge è necessario un fatto susseguente dell' uomo, allora si applica quella legge, sotto la quale quel fatto ebbe luogo. Ciò è verissimo, fa notare il sig. Merlin, se si tratti di dritti puramente legali, ai quali non si mescola nè convenzione espressa nè convenzione tacita da parte delle persone alle quali sono attribuiti. Ai dritti di questa natura si applica con molta aggiustatezza il principio di Bartolo: *ut jus quaeratur, factum hominis desideratur*. Ma se invece si volesse applicare questa dottrina ai dritti, all'attribuzione dei quali concorrono insieme e la volontà del legislatore e la convenzione delle parti, si verrebbe a delle conseguenze false ed ingiuste. Da ciò che si è detto comincia a sorgere evidente la necessità di una distinzione tra le aspettative. O l'aspettativa è stata creata solamente dalla legge, senza che l'uomo vi abbia per nulla contribuito, ed allora se essa non ha avuto alcuno svolgimento può essere modificata dalla legge sopravveniente; o l'aspettativa nasce da un fatto volontario dell'uomo conforme alla legge, ed allora essa avrà un carattere di maggiore rispettabilità e sarà sottratta per regola

generale all'influenza di una nuova legge. È naturale, si tiene assai più ad una aspettativa creata con un nostro sforzo, con un atto della nostra volontà, che ad un'altra che ripete la sua origine dalla legge. La medesima distinzione noi abbiamo fatto occupandoci delle leggi personali; se non che occorrono qui maggiori schiarimenti. Al momento in cui un'aspettativa legittima è nata per un atto dell'uomo, questi ha pensato non alla legge avvenire, ma alla legge esistente, alla quale si era conformato, e secondo la quale sperava che si svolgesse quel germe di dritto che egli aveva col fatto proprio creato. Per regola generale quindi si presume avere le parti trascritto nel loro contratto tutte le disposizioni della legge, sotto la quale è stato stipulato e volersene assicurare per sempre l'applicazione. Ma sarebbe assai pericoloso l'ammettere questa presunzione senza alcun limite o misura. Così in primo luogo, se trattasi di disposizioni che restringono la libertà ed impongono pene a chiunque le infranga, sarebbe una assurdità manifesta il supporre che i privati vogliano riservarsi questa posizione, e mettersi al coperto da qualunque cambiamento. L'obbedire alla legge infatti è dovere di tutti, e non si può presumere, a meno che non sia formalmente espresso che altri pattuisca una penalità determinata per la violazione della legge.

In questa parte adunque si dovrà consultare soltanto la legge del tempo in cui l'infrazione fu commessa. In secondo luogo chi fa un atto e si occupa delle sue conseguenze future anche accidentali, si presume che abbia voluto regolarle secondo la legge esistente al momento in cui l'atto fu compiuto: ma la presunzione di questa volontà sarà

verosimile dentro un certo periodo di tempo, oltre il quale la nuova legge dovrà applicarsi. Un esempio farà meglio comprendere l'aggiustatezza di questa restrizione. Un contratto di locazione è stipulato per un dato termine, durante il quale i dritti del locatore e del conduttore saranno regolati dalla legge del tempo del contratto. Ma se, spirato il termine, la locazione continui tacitamente, ed il conduttore rimanga in possesso della cosa locata, i dritti e le obbligazioni risultanti da questo stato di cose saranno regolati dalla nuova legge. In terzo luogo quando una nuova legge comanda per l'esercizio o per la conservazione di un dritto che si adempia ad una formalità, la quale dipende interamente dalla volontà di colui al quale è imposta, la nuova legge si applicherà alle aspettative ed anche ai dritti, che esistevano prima della sua promulgazione. Finalmente appena è necessario accennare che colui, il quale sotto un'antica legge aveva acquistato dei diritti, può rinunziarvi espressamente od implicitamente. Riassumendo adunque una nuova legge è senza influenza sui dritti definitivamente acquistati, e non può annullare o modificare le aspettative nate per un atto della volontà dell'uomo, ad eccezione dei quattro casi di sopra esposti; annienta di pien diritto e col solo suo sopraggiungere le aspettative dell'altra specie. Per porre questa teorica più al sicuro da qualunque attacco occorrerebbe farne l'applicazione alle materie più importanti del diritto civile; ne sceglieremo soltanto alcune importantissime, e vedremo quale influenza abbia l'articolo 2° sui contratti, sui testamenti, sugli atti di procedura e sulle prescrizioni.

1° Un contratto qualsiasi è stato stipulato; una nuova legge sopravviene che modifica le condizioni essenziali, la forma ed i modi di prova, e gli effetti di questo contratto. Nel conflitto tra due leggi quale dovrà essere applicata? Quanto alle condizioni essenziali, se le parti contraenti hanno stipulato un atto perfettamente valido sotto l'impero della legge del tempo, l'obbligazione, il *vinculum juris secundum nostrae civitatis jura*, si è formato, vi è dritto acquisito, e la nuova legge non si può applicare. L'articolo 1385 del Codice Civile stabilisce che le convenzioni matrimoniali non possono cambiarsi in alcun modo dopo la celebrazione del matrimonio. Quando era in vigore una legge in cui non leggevasi tale proibizione, fu stipulato un contratto di matrimonio, nel quale i coniugi si riservavano di modificare ulteriormente le loro convenzioni; potranno essi valersi di questa facoltà dopo la pubblicazione del Codice Civile? Bisogna decidere per l'affermativa, ed in ciò la dottrina e la giurisprudenza sono quasi interamente concordi. Se non che se si volesse argomentare da quel che dice il sig. Meyer sulla facoltà accordata alla donna maritata dal Senatus-consulto Velleiano, si potrebbe dire agli sposi che volessero, sotto il Codice Civile, modificare il loro contratto nuziale: « La legge che ha presieduto al vostro matrimonio vi autorizzava a cangiare le vostre convenzioni matrimoniali a vostro piacimento; ma poichè non avete fatto uso di questa facoltà durante il tempo in cui quella legge era in vigore, l'avete irrevocabilmente perduta ». Questo ragionamento è inesatto; l'aspettativa dei coniugi di modificare il loro contratto matrimoniale era legittima e basata sulla legge e sopra un loro fatto volontario; essa quindi

non può essere annullata da una nuova legge. La Corte Superiore di giustizia di Bruxelles, con Sentenza 11 maggio 1818, ritenne: che è giurisprudenza costante che la legge in vigore al momento della celebrazione del matrimonio è la sola da seguirsi per regolare la rivocabilità ed il destino delle convenzioni matrimoniali, siano espresse, siano tacite, tanto durante il matrimonio, quanto nel caso di separazione o di morte. Se poi nel contratto manchi una delle condizioni essenziali richieste per la sua validità, una nuova legge, che più non richieda tale condizione, non può dare l'esistenza legale a ciò che prima era irritato e nullo. Su questo principio tutti i Giureconsulti convengono e nessuna quistione è possibile. — Quanto alla forma è principio inconcusso che si deve avere riguardo soltanto alla legge del tempo della stipulazione. I contraenti infatti hanno adempito a tutte le formalità che erano loro imposte dal Legislatore; essi ignoravano completamente quali forme la nuova legge avrebbe potuto introdurre, e sarebbe un sorprendere la loro buona fede il dare a questa legge un effetto retroattivo. Per converso la nuova legge non può attribuire la forma autentica ad un atto che non l'aveva quando fu stipulato. Lo stesso deve dirsi dei mezzi di prova, sia che si tratti di prove precostituite, o di prove semplici. Nella prima specie infatti le parti, per mettere i loro dritti al coperto da ogni infrazione, non potevano che prepararsi quelle prove alle quali la legge esistente riconosceva tal carattere. Esse non potevano prevedere un cangiamento nel sistema probatorio. Nella seconda specie poi se esse avessero potuto pensare che una nuova legge più non avrebbe ammesse alcune prove semplici, si sarebbero mu-

nite di prove precostituite che valessero a porre in sodo l'esistenza del loro dritto. Così l'articolo 1341 del Codice Civile non ammette la prova testimoniale in materia convenzionale, quando si tratti di un valore eccedente le L. 500. Se una obbligazione fu contratta sotto l'impero di una legge che ammetteva la prova testimoniale sino al valore di L. 1000, sarà ammesso l'attore a far sentire i suoi testimoni per provare l'esistenza della obbligazione.

Per istabilire, quale tra l'antica e la nuova legge debba regolare gli effetti dei contratti, si sono immaginati molti sistemi. Il sig. Merlin ed il sig. Blondeau hanno proposto una distinzione tra gli effetti e le conseguenze dei contratti. Quelli dipendono direttamente dai contratti medesimi, ed hanno in questi la loro causa prima, quindi devono essere sempre regolati dalla legge del tempo del contratto, non le conseguenze, le quali « dipendono piuttosto « dagli avvenimenti accessori intervenuti nelle circostanze « in cui i contratti hanno collocato le parti; sono esse piuttosto una modificazione, anzichè un risultamento nascente « dalle relazioni stabilite in conseguenza dei contratti medesimi, e sono quindi invariabilmente dipendenti dalla « legge del tempo in cui hanno luogo ».

D'accordo in ciò, questi onorevoli Giureconsulti cessano d'intendersi, quando si tratta di determinare a quali tra i fatti, che ripetono la loro origine dai contratti, convenga il nome di effetti, a quali quello di conseguenze. L'obbligo di soffrire la perdita della cosa quando si è in mora nel consegnarla, che è una semplice conseguenza del contratto secondo il sig. Blondeau, è un effetto del contratto medesimo secondo il sig. Merlin. Il sig. Meyer propone un'altra

distinzione diversa nella forma da quella del sig. Merlin, ma identica nella sostanza. Egli chiama conseguenze immediate quelle che il sig. Merlin chiama effetti del contratto, e dà il nome di conseguenze remote o accidentali a quelle che il sig. Merlin ha distinto col nome di semplici conseguenze. Ma nell'applicare questa teorica il sig. Meyer non è neppure d'accordo coi Giureconsulti francesi: così nel contratto di vendita egli afferma essere conseguenza remota la rescissione per causa di lesione, la quale, secondo il sig. Merlin, è un effetto del contratto. Il vero si è che bisogna diffidare di questa distinzione delicatissima in fondo, ma che difficilmente può essere ben precisata, e che è espressa con termini quasi sinonimi. Tutte queste difficoltà cessano se si applica la teorica che abbiamo esposto sulle aspettative. L'obbligo di soffrire la perdita della cosa, quando si è in mora nel consegnarla, rientrerebbe nella categoria delle aspettative, cui ha dato origine un fatto volontario dell'uomo, e dovrebbe essere regolato dalla legge del tempo del contratto. Ma qui si applica quel principio che abbiamo spiegato, e che forma eccezione alla regola generale, che trattandosi di disposizioni di leggi che impongono pene a chi commetta un fatto proibito, non si può presumere che i privati abbiano voluto mettersi al coperto da ogni cambiamento nella legislazione. Se la condizione di chi è costituito in mora è aggravata dalla nuova legge, *imputet sibi*, perchè vi ha dato luogo con un fatto nuovo e dipendente dalla sua volontà. Quanto alla rescissione per causa di lesione, deve senza alcun dubbio applicarsi la legge del tempo del contratto. Qui in vero non si tratta di un fatto sopravvenuto dopo che è andata in

vigore la nuova legge; la lesione esisteva fin dal momento della stipulazione, e sin d'allora rendeva passibile di rescissione il contratto.

2° Un testamento è stato fatto da Primo a favore di Secondo; una nuova legge sopravviene e cambia le forme del testamento, la quota dei beni disponibili, la capacità del testatore, la capacità del legatario: sarà essa applicabile al testamento fatto anteriormente, ma il cui autore ancora vive e trapassa sotto il suo impero? Per quel che riguarda la forma la nuova legge è senza efficacia alcuna, in virtù di quel principio generalissimo, che le forme degli atti sono rette dalla legge del tempo in cui hanno avuto luogo. *Quid enim antiq̃uitas peccavit*, dice l'Imperatore Giustiniano, *quae prae-sentis legis inscia, pristinam secuta est observationem?* (L. 29, Cod., *de Testam.*). Questa soluzione può sembrare, a prima vista, in contraddizione col principio che abbiamo posto, che quando una nuova legge prescrive, per l'esercizio di un dritto, alcune formalità dipendenti dalla volontà di colui al quale sono imposte, essa si applicherà alle aspettative, ed anche ai dritti anteriori della sua pubblicazione. Ma la difficoltà sparisce sol, che si osservi che qui non si tratta dell' esercizio di un dritto, ma di un atto consumato e perfetto, di un dritto già esercitato e legalmente acquisito. Nè vale il dire che il testatore avrebbe potuto rifare il suo testamento a tenore della nuova legge; perchè ciò sarebbe quasi impossibile, fa notare il sig. Zachariae, se il testatore morisse poco dopo la promulgazione della nuova legge. Su questo punto sono concordi dottrina e giurisprudenza; ma la quistione inversa è stata variamente risolta. Un testamento nullo per difetto di forma, secondo la legge del

tempo in cui è stato fatto, può essere convalidato da una nuova legge, sotto l'impero della quale il testatore è morto, e che richieda minori formalità? Alcuni Giureconsulti non esitano a rispondere affermativamente, per la ragione che se il testatore ha lasciato sussistere il suo testamento sotto la nuova legge, si presume che egli lo abbia rifatto conformandosi alle disposizioni della medesima. Il sig. Meyer invoca, a sostegno di questa opinione, l'esempio del *testamentum* militare dei Romani, per il quale in qualunque modo fatto *sufficit ad bonorum divisionem nuda voluntas testatoris*. Se un cittadino romano, dice il signor Meyer, ha fatto un testamento informe, e poi è morto combattendo nell'esercito, quel testamento sarà valido, sol perchè non avendolo egli rivocato sotto le bandiere, ha fatto conoscere che persisteva nella stessa volontà..... Ma ciò è inesatto, e vi sono parecchi testi che decidono espressamente il contrario, come il seguente del Digesto L. 25, § 1, *de Test. mil.* « *Titius, priusquam tribunus legionis factus esset, testamentum fecit; et postea cinctus, manente eodem, defunctus est: quaero an militis testamentum videatur esse? Marcellus respondit: testamentum quod ante tribunatum fecisset, nisi postea ab eo factum dictum esse probaretur quod valere vellet, ad commune ius pertinet. Constitutionibus enim principum, non militum testamenta, sed quae a militibus facta sunt confirmantur; sed plane fecisse testamentum eum interpretandum est, qui se velle testamentum, quod ante fecerat, valere aliquo modo declaravit* ». L'opinione contraria a quella del sig. Meyer ci sembra da adottare, poichè siccome una nuova legge non può invalidare, così non può neppure convalidare quanto alla forma i testamenti anteriori.

Quanto alla quota dei beni disponibili bisogna aver riguardo alla legge, sotto la quale il testatore è morto. Il testamento infatti si può considerare, sinchè il suo autore è in vita come *pendens negotium*; esso non può conferire ai terzi nessun diritto acquisito, nè d'altra parte il testatore potrebbe trasferire in altri a titolo gratuito dei beni, dei quali non può liberamente disporre.

La capacità del testatore è regolata dalla legge del tempo in cui il testamento fu fatto, e da quella vigente quando egli è morto; in tutte e due le epoche infatti conviene che egli abbia avuta la piena capacità di disporre, senza di che il testamento sarebbe nullo. Ma ad una legge intermedia non si deve avere alcun riguardo, e questa massima era espressamente sancita nel dritto romano (*medio tempore inter factum testamentum, et mortem testatoris mutatio iuris haeredi non nocet*). (L. 49, Dig. De her. inst.).

La capacità degli eredi istituiti e legatarii è regolata soltanto dalla legge del tempo in cui è morto il testatore, e lo stesso è a dirsi per la loro indegnità. Anche su questo punto nessuna difficoltà. Ma supponiamo un legato subordinato ad una condizione. Dopo la morte del testatore, ma prima che si verifichi la condizione, la legge cambia e dichiara incapace o indegno di ricevere il legatario. Quale delle due leggi dovrà essere applicata? Certamente quella che era in vigore quando il testatore è morto: un dritto infatti non ha una esistenza meno certa ed attuale per esser subordinato ad una condizione; e questa una volta verificata, ha effetto retroattivo sino al giorno del nascimento del dritto.

3° Le procedure sono di loro natura successive, esse appartengono al futuro ed al passato. Ma per potere applicare rettamente alle leggi che regolano la procedura l'articolo 2°, una prima distinzione è necessaria tra le leggi che regolano la competenza del giudice e quelle che si occupano delle forme del procedimento. Un giudizio è iniziato avanti al Tribunale competente; prima che il giudizio si compia, cambia il sistema, secondo cui è ripartita la giurisdizione tra le varie autorità giudiziarie. Due casi si possono presentare: o la nuova legge ha abolito quel Tribunale o lo ha conservato, ma ha regolato altrimenti la sua competenza. Nel primo caso, siccome il potere dei giudici è cessato, si dovrà incominciare di nuovo il giudizio innanzi all'autorità giudiziaria, alla quale la nuova legge ne deferisce la cognizione. Nel secondo, a meno che la legge nuova non stabilisca espressamente il contrario, il giudizio si continuerà innanzi al Tribunale adito dalle parti, e ciò per rispettare un'aspettativa legittima delle parti medesime, basata sopra un loro fatto volontario conforme alla legge del tempo in cui ebbe luogo. Quanto alle forme la legge retroagirebbe manifestamente se dichiarasse nulli tutti gli atti anteriori, che furono cominciati quando vigeva una legge diversa; ma siccome l'avvenire è soggetto alle sue disposizioni, essa non è tenuta a rispettarne tutti gli effetti. Se gli atti sono consumati, come, per esempio, se un atto di citazione è regolarmente notificato, essi continueranno a produrre sotto la nuova legge gli effetti che producevano sotto l'antica. Ma se gli atti erano solamente cominciati, può la nuova legge ordinare che siano continuati colle nuove forme che essa ha stabilito, e non è nell'obbligo di

attribuire loro tutti gli effetti che ne nascevano sotto la legge precedente.

Il sig. Meyer è di opinione contraria: « la procedura, egli dice, non può essere un aggregato incoerente di atti, tra i quali non sarebbe alcuna connessione: debbonsi anzi far derivare gli atti susseguenti da quelli che li precedono e di cui non sono che lo sviluppo. Sarebbe adunque assurdo lo introdurre una nuova forma in cause già pendenti e dedurre dai primi atti della causa conseguenze che non possono esservi contenute, e che neanche potrebbero essere prevedute ». Ciò prova che in certi casi il Legislatore deve derogare alla regola generale e permettere con una disposizione transitoria che le procedure incominciate siano continuate colle forme in vigore sotto l'antica legge; ed egli lo ha fatto, quando ragioni di utilità e di convenienza glielo comandavano. Ma non si può in questa materia argomentare per analogia, nè può una semplice induzione da un caso all'altro far contro alla espressa disposizione dell'articolo 1° di questo titolo, secondo il quale le leggi divengono obbligatorie quindici giorni dopo la loro pubblicazione. Del resto se il Legislatore ha ordinato dei cangiamenti nelle forme del procedimento, egli lo ha fatto per motivi di interesse generale, e val molto meglio soffrire che gli atti posteriori non siano a fil di logica dedotti dai precedenti, e che l'insieme delle procedure non corrisponda ad un piano perfettamente simmetrico e prestabilito, anzichè permettere che durino più a lungo gli abusi che la nuova legge ha voluto reprimere.

4° Quanto alle prescrizioni il Legislatore d'ordinario determina con disposizioni transitorie, quale tra le due leggi

in conflitto debba essere applicata. Ma nel suo silenzio può una legge nuova regolare le prescrizioni cominciate anteriormente, ma non ancora compite? I giureconsulti per risolvere questa quistione si son divisi, ed hanno dovuto mettere innanzi le teoriche più disparate. I principii che abbiamo posto rendono più facile la risposta. È comune la distinzione delle prescrizioni in liberatorie ed acquisitive. Nelle prime e creditore e debitore sono parimente passivi; il primo lascia scorrere il termine utile per l'azione, il secondo aspetta dal tempo la estinzione della sua obbligazione; ma questa non è una aspettativa basata sopra un fatto volontario, tanto è vero che basta un atto di interruzione del creditore per distruggerla completamente. Adunque alle prescrizioni di tal natura ancora pendenti si applicherà la nuova legge. Quanto alle acquisitive è da notarsi che durante il tempo, in cui si forniscono, colui che aveva l'animo di acquistare a se la proprietà della cosa, ha dovuto con atti più o meno energici manifestare questa sua volontà. Qui si tratta adunque di una aspettativa basata sopra atti volontari e conforme alla legge del tempo in cui è nata: e questa legge deve per conseguenza essere sempre applicata alle prescrizioni di questa specie. Quanto alle prescrizioni in materie penali è generalmente ammesso che si deve sempre applicare la legge più favorevole all'imputato.

Le leggi interpretative hanno effetto retroattivo e si applicano a tutti i diritti pendenti ed a tutte le aspettative di qualunque specie siano. Infatti, dice egregiamente il sig. Blondeau, ogni legge oscura ingenera aspettative contrarie; ora tra due aspettative, delle quali è forza che una sia di-

strutta, non si deve punto esitare a preferire quella che il legislatore dichiara essere conforme alla sua intenzione. Queste spiegazioni sono sufficienti, mi pare, per stabilire qual sia il vero senso e la portata dell'articolo 2º, e per fornire un criterio pratico per la sua applicazione.

ARTICOLO III.

Interpretare la legge è chiarirne esattamente il senso nei casi dubbii, quando l'intenzione del Legislatore non appare evidente dal testo della legge. I Giureconsulti romani diedero una regola fondamentale per una buona interpretazione, quando dissero: *incivile est nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita respondere vel iudicare* (L. 24, D. de leg.). Gli scrittori hanno proposto in questa materia numerose distinzioni; alcuni hanno diviso l'interpretazione in dottrinale, giudiziaria e legislativa, altri in dottrinale, usuale ed autentica, altri altrimenti. Il vero si è che, rettamente intesa, l'interpretazione è una sola, è l'esposizione del senso della legge.

Quanto poi alle persone da cui emana, sarà dottrinale se fatta dai privati Giureconsulti, giudiziaria se dai Magistrati, legislativa se dal Legislatore. Quest'ultima interpretazione, per vero, assai in uso presso i Romani che ritenevano come principio inconcusso appartenere a colui che fa la legge l'interpretarla (*eius est interpretari legem cuius est condere*), è abbandonata ai nostri giorni come poco conforme allo spirito delle nostre istituzioni. L'articolo in esame, del resto, si occupa soltanto della interpretazione

giudiziaria, della quale mi restringerò a trattare, esponendo brevemente quali sieno le regole principali, da cui deve essere guidato il giudice nell'interpretare le leggi. — Se la legge ha un senso palese, non si può attribuirgliene un altro, sotto pretesto che è più conforme ai principii di ragione: *nemo debet esse lege sapientior*, ha detto Aristotile, ed è ammesso da tutti gli scrittori. Nei casi dubii, bisogna, prima di tutto, cercare accuratamente quale sia il senso della disposizione di legge che si vuole spiegare, consultando l'uso del linguaggio giuridico. Sarebbe però altamente dannoso lo attribuire una soverchia importanza alla interpretazione letterale, poichè, *scire leges non est verba earum tenere sed vim et potestatem*. È da ricercare adunque quale sia stata l'intenzione del Legislatore, e questa ricerca sarà agevolata, se si consultino le discussioni che ebbero luogo quando si preparava e si formava la legge. Anche in questo caso, per altro, bisogna schivare l'eccesso di dare ai discorsi pronunziati presso il Corpo legislativo, o nelle sue Commissioni, altra autorità, che quella di una interpretazione privata, poichè non esprimono che l'opinione personale degli oratori di cui sono opera.

(ZACHARIAE, I, 26). Quando si consideri la natura della legge, e si esaminino i suoi rapporti colle altre leggi, e le fonti a cui fu attinta, si avrà una guida sicura per conoscere quale sia stata l'intenzione del Legislatore.

La legge si applicherà a tutti quei casi che, sebbene non siano espressamente menzionati da essa, vi sono pur tuttavia contenuti secondo il suo spirito. *Ubi eadem legis ratio, ibi eadem est legis dispositio*: è questa la regola principale per l'interpretazione estensiva, ma essa va soggetta

ad una importantissima eccezione, di cui si occupa l'art. 4^o e che a suo luogo esporremo. Per contro, una legge non si deve applicare a tutti quei casi, che, quantunque sembrino compresi nel suo testo, sono tuttavia esclusi manifestamente secondo il suo spirito e secondo l'intenzione del Legislatore. *Cessante ratione legis, cessat eius dispositio*. Questa massima però non deve intendersi nel senso che, cessate le ragioni per le quali la legge fu fatta, essa cessi di essere obbligatoria. Il giudice non ha il potere di sindacare la legge e di abrogarla: egli deve sempre applicarla, finchè non sia abrogata dal Legislatore. La vera portata di questa massima è, che bisogna supporre che le ragioni, per le quali la legge fu fatta, esistano sempre, ma che essa legge non deve applicarsi a quei casi, per i quali queste ragioni non esistono nè realmente nè fittiziamente.

Non si deve distinguere dove la legge non ha distinto, vale a dire che non si deve porre alla legge alcuna eccezione che non sia desunta dalla legge medesima o dal motivo, sopra il quale essa è evidentemente basata.

Le leggi, che favoriscono ciò che il pubblico bene e la umanità esigono, devono sempre interpretarsi largamente e con tutta l'estensione che possono darvi la natura di questi motivi e l'equità. *Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducta sunt, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem* (L. 25, D. De leg.).

Quando la legge che si vuol interpretare ha relazione con un'altra legge che può chiarirne il senso, deve preferirsi a qualunque altra interpretazione quella risultante dall'altra legge.

Ogni legge deve essere estesa a tutto ciò che è essenziale per raggiungere il fine che essa si propone. Così, dal fatto che la legge autorizza la donna che ha compiuto gli anni 15 e l'uomo che ha compiuto gli anni 18 a contrarre matrimonio, quando vi sia il consenso dei loro genitori, ascendenti o consigli di famiglia o di tutela, si deduce che essi possono validamente obbligarsi nelle convenzioni matrimoniali.

Nel dubbio, si deve ricorrere all'uso, quando esso spiega la disposizione che si vuole interpretare e quando è confermato da una lunga serie di giudicati conformi, singolarmente se questi giudicati emanino dalle Corti di Cassazione che sono incaricate di vegliare all'esatta applicazione delle leggi. *Optima enim legum interpret consuetudo, et in ambiguitatibus quae ex legibus proficiscuntur rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas vim legis obtinere debet.*

Quando una legge proibisce che si ricerchino degli abusi che essa perdona per il passato, se ne può dedurre che li proibisce per l'avvenire. *Cum lex in praeteritum quid indulget in futurum vetat.*

Il sig. Zachariae vuole che non si confonda l'interpretazione delle leggi cogli argomenti, per mezzo dei quali se ne deducono delle conseguenze. Questa distinzione dello illustre Giureconsulto tedesco mi sembra molto razionale, e da adottarsi, perchè conforme alla vera natura dell'interpretazione ed alla definizione che ne abbiamo dato. Spiegare la legge non è lo stesso che trarne delle conseguenze per via di argomentazione. Quest'ultimo metodo va soggetto a regole molto più strette e si deve usare con mag-

giore precauzione del primo che è semplicemente esplicativo. I principali argomenti poi, con cui si traggono delle conseguenze da una legge, sono i seguenti :

1º Argomento di analogia. Le regole che la legge ha stabilito si applicano a tutti i casi simili ed analoghi, purchè si tratti di disposizioni di dritto comune (art. 4º). Se la disposizione ha il carattere di eccezione, essa deve essere limitata soltanto al caso espresso nella legge. *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis; exceptio est strictissimae interpretationis*. L'argomento di analogia si basa su quel principio fondamentale dell'interpretazione estensiva: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

2º L'argomento *a maiori ad minus*, che si adopera per trarre delle conseguenze da una legge che autorizza a far qualche cosa. Così, chi ha la capacità di donare i suoi beni, ha certamente quella di venderli ovvero di ipotecarli.

3º L'argomento *a minori ad maius* di cui si fa uso per dare alle leggi, che proibiscono un fatto dell'uomo, tutto lo svolgimento di cui sono capaci. Così, se il minore non emancipato non può amministrare i suoi beni, tanto meno potrà venderli od ipotecarli. Non bisogna però fare uso di questi due ultimi argomenti per cose disparate e per le quali non militino le medesime ragioni. Così, dal fatto che il minore dopo li anni 18 è autorizzato ad ipotecare i suoi beni col contratto di matrimonio, quando è assistito dalle persone il cui consenso è necessario per la validità del matrimonio, non si può trarre argomento per sostenere che esso possa stipulare delle convenzioni di minore importanza. Così, parimenti, non si potrebbe sostenere che l'inabilitato non può contrarre matrimonio, basandosi sul

fatto che la legge gli proibisce di alienare i suoi beni ed allegando che il matrimonio è un atto più importante della vendita o della costituzione d'ipoteca.

4° L'argomento *a contrario sensu* che può riassumersi colle formole: *Qui dicit de uno, negat de altero; inclusio unius fit exclusio alterius*. Questo argomento però non è concludente, e non può usarsi se non quando si parte da una disposizione di legge che ha tutti i caratteri dell'eccezione per far ritorno ai principii del dritto comune.

ARTICOLO IV.

L'articolo 4° contiene una disposizione tratta dal Codice delle due Sicilie, ed aggiunta al Codice Italiano dalla Commissione coordinatrice, per rendere omaggio ad un principio eminentemente progressivo e liberale, come si esprime il Guardasigilli Vacca nella sua Relazione a S. M. Nella pratica questo articolo di legge è importantissimo e di frequente applicazione; occorre adunque stabilirne esattamente il senso, e vedere su quali principii di ragion giuridica naturale esso sia basato.

« Le leggi penali e quelle che restringono il libero esercizio dei dritti, o formano eccezione alle regole generali, o ad altre leggi non si estendono oltre i casi e tempi in esse espressi ».

La dicitura di questo articolo è quasi intieramente conforme a quella del Codice Napoletano, salvo un'aggiunta che la Commissione coordinatrice stimò utile introdurre per quanto riguarda le leggi penali. Invero uno dei caratteri

principali della legge penale è quello d'aver riguardo specialissimo al *danno sociale* che fu effetto del reato. Il Legislatore soltanto ha il potere di apprezzare questo danno, e di stabilire le pene per ciascun reato; onde il permettere un largo uso dell'argomento di analogia in materia penale sarebbe lo stesso che creare nel Giudice un potere esorbitante e quasi uguale a quello del Legislatore medesimo; sarebbe un privare i cittadini di una delle più reali loro garanzie, quale si è quella di non essere puniti che secondo una legge certa. Non vi sarebbe sentenza, per quanto iniqua, che con quel metodo di argomentare non potesse assumere una certa apparenza di serena giustizia.

Alcuni Giureconsulti hanno creduto di potere invocare, a sostegno di questa disposizione, l'antica divisione delle leggi in odiose e favorevoli. Ma questa distinzione non ha alcun fondamento, come faceva benissimo osservare il sig. Toullier, poichè non si basa sopra un carattere assoluto delle leggi, ma sì bene sopra alcune note accidentali che variano col variare delle persone. Il sig. Portalis aveva proposto che si premettesse al Codice Napoleone un articolo così concepito: « la distinzione delle leggi in odiose e favorevoli, fatta allo scopo di estendere o di restringere le loro disposizioni, è abusiva ». Questa proposta però non fu accolta per ragioni di opportunità, che qui è inutile esporre.

Un illustre Giureconsulto, onore di questa Università e della Cassazione Subalpina, ha creduto di dare una spiegazione adeguata di questo articolo del Codice, per ciò che riguarda le leggi civili, facendo un largo ed elaborato commento della definizione che i Giureconsulti Romani hanno

dato del *jus singulare*. *Jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem, auctoritate constituentium, introductum est* (L. 16, D. de leg.). Il tenor *rationis*, secondo il Pescatore, è il dritto comune, è la ragion giuridica naturale, alla quale il Legislatore deroga qualche volta per ragioni di convenienza e di utilità sociale. Posto questo principio e riconosciuto nel *jus singulare* il carattere di eccezione, è logico il dedurne che sarebbe altamente dannoso, nel nostro sistema di leggi scritte e certe, il lasciare all'arbitrio del Giudice lo apprezzamento di queste ragioni di convenienza e di utilità. Ciò equivarrebbe a rendere la legge diversa e varia, come diversi e varii sono i Tribunali che debbono applicarla. Quando il Magistrato adunque s'incontra in una disposizione di legge che abbia tutti i caratteri di eccezione al dritto comune, deve tener a mente che *quod contra tenorem rationis receptum est, non est producendum ad consequentias*. Perché poi si possano facilmente riconoscere le disposizioni di tal natura basterà ricordarsi che il dritto singolare « si riconosce infallibilmente a tre caratteri: perocchè esso deroga ai principii di ragion giuridica naturale, si fonda a ragioni di convenienza, e ripete tutta la sua esistenza dall'autorità e dal sovrano volere del Legislatore » (*Logica del Dritto*, p. 39). A me pare evidente, a malgrado tutto il rispetto che debbo avere per un grande Giureconsulto, che egli abbia preso le mosse da un concetto soverchiamente ristretto della ragion giuridica naturale, concetto che è generalmente riprovato dalla scienza moderna. Un dritto naturale inflessibile che non si piega a nessuna ragione di convenienza, e che deve essere sempre applicato con logica

rigorosa, è tutto fuorchè dritto naturale, è una aberrazione della mente umana soverchiamente vaga di astrazioni. La condizione dell'utile che è indispensabile, perchè possa esservi dritto, è esclusa « dalla ragion giuridica naturale » nel sistema del Pescatore, il quale pare non tener conto in questa parte che il dritto è un vasto organismo, a formare il quale contribuiscono tutti i molteplici elementi che costituiscono la natura umana. In questo senso scriveva benissimo il Mancini: « La condizione dell' utilità prende anch'essa il suo legittimo posto nel dritto naturale; le leggi positive non fanno perciò che applicarla alle speciali e variabili condizioni di ciascun popolo; ma non sono esse già che la creano e la costituiscono » (Lettera al Mamiani sulla Filosof. del dritto, citata dal Carle). Oltrechè è esorbitante il riconoscere nel Legislatore il potere di creare un dritto positivo che non sia conforme a ragione, e che dal suo sovrano volere soltanto ripeta l'esistenza. Il Prof. Carle fa notare molto acconciamente che l'interpretazione che il Pescatore ha dato della definizione citata del *jus singulare*, è inesatta e non tien conto di alcune nozioni storiche indispensabili a rettamente intenderla. Le espressioni « *tenor rationis, juris ratio* » sono usate dai Giureconsulti romani piuttosto in significazione di un metodo di logica deduzione, che nel senso di ragion giuridica naturale, concetto questo, più che altro, moderno. Il Vico si formò del dritto singolare una idea diametralmente opposta a quella del Pescatore. *Privilegia*, egli dice, *enim sunt juris civilis quidem restrictiones, sed explicationes juris naturalis, non enim sine aliquo merito irrogantur* (*De un. juris princ. et fine uno*, § 85, citato dal Carle). Questo passo del Vico spiega mira-

bilmente l'articolo in esame. Quando s'incontra una disposizione di legge che non può essere logicamente dedotta dalle altre contenute nella legge stessa, e che forma eccezione non al dritto naturale, ma al dritto civile (*restrictio juris civilis*), essa deve essere limitata al caso espresso dal Legislatore, e non si deve fare uso dell' argomento di analogia, poichè il Giudice non ha il potere di apprezzare quei motivi di ragion giuridica naturale, in conformità ai quali il Legislatore ha introdotto quella eccezione (*Exceptio est strictissimae interpretationis*). Questo articolo di legge è basato su quell'aureo aforisma di Bacone: *consequentiae non est consequentia et sisti debet extensio intra casus proximos: alioquin labetur paullatim ad dissimilia et magis valebunt acumina ingeniorum quam auctoritates legum* (*De iust. univ. seu de font. juris, aph. 16*).

ARTICOLO V.

Il Legislatore che ha creato la legge ha solo il potere di abrogarla. I Giureconsulti romani per vero ammettevano che una legge potesse essere abrogata per la desuetudine; poichè ravvisavano in questa una tacita manifestazione della volontà sovrana del popolo; *nam quid interest*, esclamavano, *suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?* Questa dottrina fu lungamente ammessa in tutta Europa, e perdura ancora in Inghilterra, dove poche sono le leggi espressamente abrogate, e dove sono ancora in vigore molti Statuti dei Plantageneti e dei Tudor. In quell' altero paese è principio fondamentale nel

sistema di legislazione il superbo *nolumus leges Angliae mutari*; si preferisce, che il tempo corregga gli abusi consacrati dagli antichi statuti ed ordinanze, anzichè permettere che s'innovino facilmente quelle leggi che sono considerate come la base della grandezza Britannica. Ma anche nel Regno Unito si risentono i danni di questo sistema; e non è gran tempo trascorso che una sentenza pronunciata in base ad una legge promulgata sotto Guglielmo III, e che generalmente si credeva abrogata per la lunga desuetudine, commosse ed indignò tutta l'Europa civile. Io parlo di quella povera fanciulla così severamente punita per aver raccolto un geranio nel giardino di un Giudice di pace! Le incertezze e le perplessità che derivano da questa maniera di abrogazione la fecero abbandonare generalmente in tutti quei paesi che hanno ammesso la codificazione, e nei quali i varii poteri sono nettamente e razionalmente divisi. Nè è più ammissibile l'abrogazione delle leggi in virtù di un uso opposto. Nel nostro sistema di leggi scritte nessun uso ha forza se non è conforme alla legge, e se questa ad esso non si riferisce; non potrebbe adunque una consuetudine far contro alla legge non solo, ma farla cadere in disuso.

L'abrogazione fatta dal Legislatore o è espressa o tacita. Nel primo caso non vi è nulla a dire; per il secondo sono necessarie alcune avvertenze. In primo luogo le leggi posteriori abrogano le precedenti che contengono disposizioni contrarie. *Lex posterior derogat priori, et constitutiones tempore posteriores potiores sunt his quae ipsas praecesserunt* (L. 4, D. de const. princ.). Qualora però non vi sia una contrarietà formale, e la cosa sia dubbia, bisogna

rigettare l'abrogazione, ed interpretare in guisa la nuova legge da porla in armonia coll'antica. *Posteriorēs leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint.*

Le leggi speciali non sono abrogate di pieno dritto dalle leggi generali posteriori, a meno che queste non lo comandino espressamente. In fatti *in toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est.*

(L. 80, *Digesto de reg. juris*). In questo senso vi sono molte decisioni, e si può affermare che la giurisprudenza è concorde. Quando però una nuova legge regoli tutta la materia già regolata dalla legge anteriore, questa si ritiene abrogata; poichè non sarebbe cosa saggia l'alterare l'economia e l'unità della nuova legge introducendovi disposizioni forse eterogenee tratte dalla prima, che il Legislatore ha voluto sostituire.

Gli ultimi sette articoli di questo titolo versano sul dritto internazionale privato, e danno un complesso di regole, secondo le quali risolvere i conflitti che possono elevarsi tra le leggi civili e criminali dei varii paesi. Non vi è forse materia più difficile e più gelosa, ed intorno alla quale più si siano travagliate dottrina e giurisprudenza con acume di sottili distinzioni. Qui in vero non si tratta soltanto di rapporti puramente privati, ma di determinare ancora dove finisca una sovranità, dove un'altra cominci. La ragione di Stato ha fatto per lungo tempo sentire la sua influenza in questa materia, quando simili conflitti si elevano assai di frequente, ed erano risolti più spesso dalle

Cancellerie e dalle Ambasciate delle Potenze che dai Tribunali. Per certo nei secoli anteriori al nostro maggiore era il numero degli Stati, e quindi delle leggi in perpetuo conflitto tra loro; e talvolta accadeva che nel seno di un medesimo Stato, tante fossero le leggi e le consuetudini diverse quante le provincie che lo componevano, e che per risolvere la quistione, quale tra le leggi in vigore nelle varie Provincie dovesse applicarsi in certi casi dubbii, fosse necessario ricorrere alle medesime regole, che formano oggetto del dritto internazionale privato. Tale era il caso della Francia, ed i suoi Giureconsulti ed i suoi Parlamenti si sono lungamente affaticati per formare su questa materia una giurisprudenza costante e basata su criterii certi ed assoluti.

Sarebbe opera lunga e faticosa, ma non certo priva di importanza, nè infeconda di utili ammaestramenti, il tessere una storia accurata del dritto internazionale privato, ed il far vedere come il concetto, che i varii popoli si formavano dell'indole e dei poteri dello Stato e delle attribuzioni della Sovranità, abbia grandemente influito sui rapporti delle varie Potenze cogli stranieri, e dei cittadini di diverse nazioni fra loro. Ma a far ciò sarebbero necessari il senno pratico di un provetto Giureconsulto, le vedute larghe di un pubblicista e la conoscenza dei fatti di uno storico. Nè per quest'opera mancano i materiali, ed è a lamentare che non vi abbia espressamente dedicata la sua attenzione lo storico illustre della Legislazione Italiana, che brillò già nella magistratura e nella politica, e che ora colla sua tranquilla operosità cresce lustro al Patriziato Piemontese ed al nome Italiano.

A me duole che non mi sia concesso, dalla natura del

mio scritto, e dal difetto degli studi necessarii, l'entrare in un campo così vasto, e se non percorrerlo tutto, segnarvi almeno qualche passo, come prova di buon volere. Mi restringerò ad accennare ai principii generali che reggono questa importante materia, e seguirò quasi sempre (siccome ho fatto fin ora) l'ordine del Codice, quantunque mi sembri in molti punti non poco vizioso.

Se l'uomo avesse solo dei rapporti coi suoi concittadini, ovvero se in tutto il mondo non vi fosse che un solo Stato, e si potesse attuare quella splendida utopia che è la Monarchia Universale, il dritto internazionale privato sarebbe affatto inutile, giacchè nel primo caso mancherebbe la materia ai conflitti tra le varie leggi, e nel secondo nessun conflitto sarebbe possibile, una sola e medesima legge governando tutti gli uomini. Ma nella realtà questi conflitti sono numerosissimi; poichè se il numero degli Stati è venuto gradatamente diminuendo, le relazioni però tra i cittadini dei varii paesi si sono moltiplicate fuor di misura, e tendono a moltiplicarsi ancora. È quindi importantissimo nell'interesse della prosperità delle nazioni e della giustizia, che si abbiano delle norme certe e costanti, secondo cui stabilire quale sia la legge d'applicarsi nei casi dubbii; ed in questa materia non vi è Codice di leggi che contenga un maggior numero di disposizioni, e più liberali e conformi allo spirito della civiltà moderna del Codice Civile Italiano.

ARTICOLO VI.

È antica e comune la distinzione delle leggi in personali e reali, fatta allo scopo di determinare quale tra le leggi dei vari paesi debba essere applicata. Sotto un primo punto di vista tutte le leggi sono personali, poichè esse non fanno che comandare, proibire e permettere direttamente, o indirettamente, qualche cosa alle persone, *quarum causa omne ius constitutum est*, e provvedere al loro vantaggio. Ma se si ponga mente allo scopo che le leggi vogliono raggiungere, all'oggetto che vogliono regolare, si vedrà che alcune si occupano più direttamente delle persone e non toccano che per incidente delle cose, altre invece non trattano che delle cose, colle quali le persone sono in relazione. Le prime hanno ricevuto il nome di statuti personali, le altre di statuti reali. Il sig. Marcadé ha proposto un'altra distinzione delle leggi personali, in personali propriamente dette e penali o di polizia, secondo che si attaccano alle persone per seguirle dovunque si trovino, ovvero non hannoriguardo che alle persone in quanto abitano il territorio dello Stato, agli *incolae*. Su questo punto torneremo più tardi. Così posta, questa distinzione degli Statuti sembra chiara e di facile applicazione, e tale è certamente in alcuni casi. *P. E.* la legge che stabilisce che un cittadino italiano diviene maggiorenne a ventun anno, è senza alcun dubbio uno Statuto personale; e per contro quelle disposizioni che regolano il dritto di passaggio e di acquedotto si riconoscono facilmente per avere tutti li

caratteri della realtà. Quando però le cose trovansi in stretti rapporti colle persone, quando è difficile il vedere a prima giunta, se le leggi che regolano questi rapporti si occupano più delle persone o delle cose, allora la quistione si complica e cominciano i dispareri tra i giureconsulti. Tal legge che ha l'apparenza non solo, ma tutti i caratteri della realtà secondo il sig. Demolombe, non ne ha che l'apparenza soltanto secondo il sig. Dalloz; tal legge sembra personale al sig. Duranton e reale al sig. Valette. Per togliere queste difficoltà alcuni autori avevano proposto che si formasse una terza categoria di Statuti che partecipano della personalità e della realtà, e dato a questi il nome di misti (*statum personale personas respicit, reale res certi territorii; mixtum utrasque*); nè è mancato anche nel nostro secolo qualche scrittore che ha abbracciata questa dottrina. Ma sembra più esatto il dire che non vi hanno Statuti misti, e che quelli che dispongono ad un tempo per le persone e per le cose devono porsi nel novero dei personali o dei reali secondo l'elemento che vi predomina. Così lo Statuto sarà personale se *persona magis quam res respicitur*, se esso modificherà in qualche modo la capacità generale ed assoluta della persona; sarà reale se *res magis quam persona respicitur*; e qualora questa preponderanza sia impossibile a determinare, lo Statuto sarà reale in quella parte che dispone per le cose, personale nell'altra. Ma gli effetti così contrarii ed opposti delle due specie di Statuti non permettono questa confusione, questa mescolanza di cui gli Statuti misti sarebbero il risultato. Bartolo insegnava che bisogna decidersi unicamente secondo il modo in cui lo Statuto è redatto; così se una legge dica: « il primogenito succe-

derà in tutti i beni paterni » essa sarà personale; per contro sarebbe reale se dicesse: « tutti i beni paterni passeranno al primogenito ». Questa dottrina non ha bisogno di una seria confutazione; bisogna aver riguardo non alle parole, ma al senso della legge, ed allo scopo finale che essa si propone. *Spectanda mihi videtur*, dice il Rodemburg, *subiecta Statuti materia*; e Paolo Voët così distingue le due specie di leggi: « *Statuta personalia sunt quae afficiunt personam adeoque ei quasi inhaerent; realia quae rem afficiunt; illa quae circa personam potissimum quid disponunt, seu in ordine ad personam; haec quae circa rem et potissimum in ordine ad rem aliquid statuunt* ». Così la disposizione dell'articolo 134 del Codice Civile, secondo il quale la moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, nè transigere e stare in giudizio relativamente a tali atti senza l'autorizzazione del marito, forma certamente uno Statuto personale; poichè qui si modifica in modo generale la capacità della donna maritata. A nulla monta che in questo caso i beni si trovino soggetti ad una proibizione; giacchè questa non è che la conseguenza di fatto del principio generale che la legge ha sancito. Al contrario la legge che proibisce di alienare i beni costituiti in dote, al di fuori di certi casi che essa determina, è uno Statuto reale, quantunque la capacità dei coniugi ne resti modificata, e ne risenta in qualche guisa gli effetti. Questa incapacità infatti è un mezzo e non un fine, e fu posta dal Legislatore per impedire che i beni dotali escano dalla famiglia, e per assicurarne la proprietà alla donna ed ai suoi figli. Riassumendo si può dire che quando una legge comprende nello

stesso tempo delle regole per le persone e per le cose, se le disposizioni che essa racchiude sono effetti e conseguenze dirette della capacità o della incapacità generale delle persone vi è Statuto personale, nel caso opposto vi è Statuto reale.

Si è criticata severamente questa distinzione come troppo vaga ed indeterminata, e si è proposto invece di far differenza tra le leggi che concernono l'ordine pubblico, e quelle che regolano i rapporti puramente privati. Ma non si è in questo modo evitata la difficoltà, poichè non ha la nuova distinzione proposto un carattere tale di precisione da rendere impossibile ogni equivoco. Del resto anche in questa materia la latitudine che il nostro Codice ha lasciato ai Giudici è assai minore di quella che godono in tutti gli altri paesi. I punti più importanti furono regolati espressamente dal Legislatore che così fece cessare molte e spinose questioni.

L'articolo in esame dice che lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui appartengono. Il principio sanzionato da questo articolo è stato sempre ed universalmente ammesso, non però con quella larghezza che gli attribuì il nostro Legislatore. Così i Codici per i Paesi Bassi, e per il Regno delle Due Sicilie avevano stabilito che le leggi personali seguissero i sudditi dei due Regni da per tutto, ma non consentivano che gli stranieri potessero invocare nel territorio, su cui essi imperavano, le leggi personali della loro nazione. Altri legislatori avevano seguito il sistema della reciprocità e concedevano di invocare le loro leggi personali soltanto a quegli stranieri, nelle nazioni dei quali si

facesse ai loro sudditi la medesima concessione. In ogni modo con maggiori o minori restrizioni si ritenne sempre che, sono parole di Rodemburg, *personalia statuta territorium egrediantur*, è ciò per la necessità delle cose, e perchè sarebbe stato un assurdo manifesto l'ammettere che *in quot, quis, loca iter faciens aut navigans delatus fuerit, totidem ille statum mutaret aut conditionem, ut uno eodemque tempore hic sui iuris, illic alieni iuris futurus sit, uxor simul in potestate viri et extra eandem sit*. Gluck credette che questo principio fosse basato su ciò che lo stato della persona è in certa qual guisa inseparabile dalla persona medesima; ma questa opinione fu vigorosamente confutata dall'Eichorn, il quale ritenne che siccome nessun Legislatore ha mai disposto intorno allo stato ed alla capacità degli stranieri, così, per questo silenzio, deve il Giudice ricorrere alla loro legge nazionale. Il sig. Foelix poi ha criticato ambedue queste dottrine. Non si può ammettere, egli ha detto, l'argomento di Gluck, poichè il principio dell'unione intima dello stato delle persone colle persone medesime è una finzione di dritto, è una idea scientifica che non potrebbe obbligare le altre nazioni. La teoria poi esposta da Eichorn è erronea, poichè la semplice tolleranza degli stranieri nel territorio non potrebbe equivalere alla ricognizione del loro Stato. Ma egli stesso, il sig. Foelix, non dà una spiegazione migliore; egli crede che la regola sia basata sopra una convenzione tacita delle nazioni, e ciò non è negato da alcuno; quel che si voleva sapere era il motivo di questa convenzione; e così posto il problema, nessuno vi ha risposto meglio del Rodemburg, di cui abbiamo accennato la dottrina. Qualunque sia per altro la difficoltà

che si incontra nel dare ragione di questo principio, essa scompare a confronto di quelle che fa nascere la sua applicazione. Sinchè si tratta di stabilire che la durata della minorità deve essere regolata dalla legge della nazione cui appartiene il minore, e che ugualmente deve aver si riguardo alla legge nazionale degli sposi per determinare se siano capaci di contrarre matrimonio, tutti sono d'accordo, ma vi sono quistioni assai più delicate, alle quali non si può dare facilmente una soluzione non contrastata. Così se uno straniero, suddito di uno Stato nel quale è ammessa la poligamia, volesse contrarre matrimonio in Italia, per la seconda volta, mentre che il primo esiste ancora legalmente, egli non potrebbe farlo; poichè ciò equivarrebbe a conculcare, in grazia della sua legge nazionale, tutti i nostri principii di moralità e di ordine pubblico; e l'articolo 12 di questo titolo consacra espressamente questa dottrina. Ma che si dirà del caso in cui uno straniero, un Inglese per esempio, che avesse fatto legalmente divorzio nel suo paese, volesse contrarre un secondo matrimonio in uno Stato in cui il divorzio non è ammesso? La Corte reale di Parigi ha sentenziato, questo matrimonio non essere possibile. Questa decisione è basata sui seguenti motivi: Lo straniero per potersi maritare in Francia non deve trovarsi in nessuno dei casi di divieto della legge francese; la sua capacità personale non può rimuovere gl'impedimenti dirimenti che trova il Francese nel Codice da cui è governato; finalmente il divorzio non è ammesso in Francia: ed è questa una proibizione di ordine pubblico che deve essere rispettata da tutti, cittadini o stranieri. Io non credo che questa sentenza sia bene pronunziata, e la ritengo contraria ai prin-

cipii generali di dritto. Infatti dire che lo straniero per potersi validamente maritare deve essere pienamente capace secondo la legge del luogo in cui vuol contrarre matrimonio, è disconoscere completamente l'impero della legge personale. Nè d'altra parte si può dire che il divorzio sia così assolutamente contrario all'ordine pubblico ed alla morale, come si vorrebbe sostenere in questa sentenza. Senza esserne fautori, si può per lo meno far notare che il divorzio è ammesso in parecchie tra le nazioni più civili d'Europa, ed in sostanza esso non è che una tra le altre specie di dissoluzione del matrimonio. E che si direbbe per avventura, se il matrimonio dello straniero fosse stato annullato nel suo paese per un'altra causa che non fosse ammessa in Italia, poniamo per causa di sterilità nella donna che non potesse qualificarsi impotenza manifesta e perpetua? Se si riconosce questo modo di dissoluzione, perchè negare questo effetto al divorzio? Nè ha maggior valore l'argomento tratto da ciò che la capacità dello straniero non rimuove dal Francese la sua personale incapacità, poichè nella specie in esame l'ostacolo non è per nulla dalla parte del Francese, ma sì dello straniero. In sostanza se il Francese è capace secondo la legge francese, e lo straniero altresì secondo la sua legge nazionale, non vi può essere ostacolo di sorta al matrimonio. Del resto se una legge anteriore al Codice Civile avesse ammesso il divorzio, non si potrebbe certamente negare il dritto di rimaritarsi ai divorziati sotto l'impero di quella legge, e ciò perchè il matrimonio è validamente disciolto quando la dissoluzione è stata pronunciata in virtù della legge, dalla quale era retto.

Una delle qualità costituenti lo stato delle persone si è

quella di figlio di famiglia soggetto alla patria potestà; la patria potestà non può essere quindi esercitata che nei limiti e colle condizioni prescritte dalla legge nazionale del padre e della madre. L'articolo 228 del Codice Civile stabilisce a favore del padre, o della madre quando essa eserciti la patria potestà, ovvero quando il padre ne resti escluso per cause a lui personali, l'usufrutto legale sui beni del figlio minorenne. Ma questa disposizione di legge non modifica, in modo generale ed assoluto, la capacità del figlio, anzi non toglie nulla alla sua legale attitudine ed è piuttosto da dirsi uno Statuto reale che personale. Ciò posto, quale sarà la legge che regolerà questo effetto della patria potestà? Quella della nazione del padre o della madre, ovvero quella del territorio dove sono posti gli immobili, sui quali deve gravare l'usufrutto? Vi ha chi crede doversi aver riguardo alla legge nazionale dei genitori, poichè qui si tratta di Statuto puramente personale, e non manca qualche sentenza conforme a questa dottrina; ma in generale questa opinione è ora abbandonata. Altri ha insegnato non potersi considerare che la legge del luogo degl' immobili; tra questi è il Duplessy che cita parecchie decisioni in questo senso. Il sig. Merlin ha seguita una via di mezzo e nella sua opinione concorrono il Rocco e quasi tutti gli scrittori moderni. Egli ammette che qui trattasi di Statuto reale, e che quindi la legge del luogo, *rei sitae*, deve essere applicata; ma dall'altra parte, soggiunge, i genitori non ne godono se non in quanto la legge della loro nazione ammette la patria potestà. Perchè adunque vi sia usufrutto legale a favore dei genitori sui beni del figlio occorre, secondo il sig. Merlin: 1° Che la loro legge nazionale ammetta

la patria podestà; 2° Che la legge del luogo, dove sono posti gl'immobili, accordi loro sopra i medesimi quell'usufrutto.

Abbiamo veduto che le leggi personali seguono i cittadini anche fuori del territorio dello Stato su cui imperano: ma perchè si possa rettamente applicare questo principio ai casi pratici, occorrono due osservazioni. In primo luogo, quando non si tratti di Statuto veramente personale, ma sì bene di Statuto reale che ha delle conseguenze dirette o remote sulla capacità delle persone, esso cessa di avere vigore fuori dello Stato. Così è proibito dal Codice ai coniugi di farsi tra loro donazioni durante il matrimonio; ma siffatta proibizione non può estendersi al territorio estero. Per conseguenza i beni dei coniugi posti in contrada straniera possono essere oggetto di donazione tra loro, qualora ciò non sia espressamente vietato dalla legge del luogo, *rei sitae*.

Ma lo stesso non può dirsi per la proibizione fatta ai coniugi dall'articolo 1385 del Codice Civile, e mi duole di non poter essere d'accordo su questo punto con un egregio Professore di questa Università, il quale ritiene che possano due coniugi italiani modificare all'estero, dopo il loro matrimonio, le loro convenzioni matrimoniali, qualora ciò non sia proibito dalla legge dello Stato in cui l'atto ha luogo.

Questo divieto posto dalla legge ha evidentemente il carattere della personalità, e modifica in modo generale ed assoluto la capacità degli sposi: non può quindi applicarsi la legge straniera: ed osta in ogni modo alla teorica del Prof. Pochintesta l'articolo 12 di questo titolo, secondo il quale in nessun caso le leggi straniere, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibì-

tive del Regno che concernono le persone, i beni o gli atti.

In secondo luogo è da avvertire che le leggi personali di uno Stato non possono mai aver vigore nel territorio estero, neppure per i suoi nazionali, quando ne nasca alcun detrimento alla sovranità ed alla giurisdizione dell'imperante in quel territorio (*quatenus nihil potestati aut iuri alterius imperantis eiusque civium praeiudicetur*).

ARTICOLO VII.

La sovranità dello Stato si estende non solo ai suoi cittadini, ma sì ancora al territorio; la legge quindi dello Stato regola tutti gl'immobili che sono posti nel suo territorio, ancorchè appartenenti a stranieri; nella stessa guisa che la legge personale regola lo stato e la capacità di tutti i cittadini, ancorchè residenti all'estero. Si potrebbe anzi far notare che l'impero dello Statuto reale è più assoluto ed immutabile che non quello dello Statuto personale; poichè possono i cittadini rinunciare alla loro nazionalità nei modi determinati dalla legge, ma lo stesso non può avvenire per gli immobili a meno di certi casi eccezionali, affatto indipendenti dalla volontà dei privati, come la conquista, l'annessione ad un altro Stato e simili. Laonde se la forza, che le leggi personali hanno all'estero sui cittadini che vi risiedono, è basata sopra il tacito consenso delle nazioni e sull'utilità generale, l'impero dello Statuto reale deriva dalla natura stessa delle cose, e non è soggetto ad eccezione alcuna. Ed invero disconoscere il vigore di questa

specie di leggi anche sui beni posseduti dagli stranieri, sarebbe lo stesso che frazionare la sovranità, ciò che equivale a negarla. Il principio adunque stabilito dall'alinea di questo articolo è razionale e conforme del resto alla dottrina generalmente e da lungo tempo invalsa. Nè possono nascere dubbii nell'applicare questa disposizione, ed è facile il vedere che l'acquisto di un usufrutto, o di una servitù qualsiasi, il dritto del proprietario o del possessore di un immobile di farne suoi i frutti e tutto ciò che vi si viene incorporando, devono essere regolati dalla legge del luogo dell'immobile.

Il nostro Legislatore per altro con una ardita innovazione, che più sotto apprezzeremo, evitò tutte le difficoltà nascenti presso le altre nazioni, da ciò che le leggi, che regolano le successioni, sono riguardate come Statuti reali; e poche e non di grave momento sono le controversie che rimangono a decidere nel nostro sistema.

Quanto ai mobili la questione è assai più difficile, e tre sistemi si disputano il campo. Le legislazioni dei varii paesi d'Europa si risentono di queste incertezze, le quali sono maggiori in Francia, per il silenzio del Codice che non si occupa punto di determinare da qual legge debbano essere regolati i beni mobili. Il Codice Italiano ha stabilito che i mobili son retti dalla legge nazionale del proprietario. I mobili infatti tanto corporali che incorporali non hanno una sede fissa nel luogo in cui di fatto si trovano; per loro natura essi subiscono la destinazione che dà loro il proprietario, al quale è facile, trasportandoli rapidamente da una nazione in un'altra, di eludere la legge che gli riesce più sfavorevole. Il D'Argentré ha seguito questa opinione

ed ha detto: *Situm habere negantur mobilia nec loco contineri dicuntur propter habilitatem motionis et translationis; quare statutum de bonis mobilibus vere personale est.* Questa dottrina è del resto seguita da molti ed eccellenti giureconsulti e pubblicisti, ed avvalorata da un gran numero di giudicati conformi. Un secondo sistema prende anch'esso le mosse dal far notare che i mobili non hanno un luogo fisso e seguono la persona del proprietario (*mobilia sequuntur personam; mobilia ossibus inhaerent*); ma giunge poi a delle conseguenze diverse, e stabilisce che i mobili debbono esser retti dalla legge del domicilio del proprietario. Così se un Italiano possieda in Francia una grande fortuna mobiliare, e stabilisca il suo domicilio in Inghilterra, i mobili che gli appartengono non sono regolati dalla legge italiana, nè dalla francese, ma dalla inglese. La complicazione soverchia di questo sistema lo ha fatto abbandonare ai nostri giorni, sebbene esso presenti molti lati di analogia con quello adottato dal nostro Codice e dalla maggior parte dei pubblicisti. Il sig. Marcadé ha proposto un terzo sistema più semplice a suo avviso, e che lascia minori probabilità di sfuggire all'impero della legge, e di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni contratte. I mobili, egli dice, sono delle cose e, come tutte le cose, devono andare soggetti alla legge del luogo dove si trovano. Egli passa quindi ad enumerare ed a svolgere molte ragioni di convenienza che raccomandano la sua dottrina; e certo essa ha un'apparenza di semplicità e di aggiustatezza che può sedurre a prima giunta. Ma si deve notare che il sig. Marcadé non ha dato una importanza sufficiente al principio della connessione intima che è tra i mobili ed il

loro proprietario, e che se si sfuggono colla sua teorica molte incertezze, si va però incontro a numerose complicazioni. Così può avvenire che i mobili posti in diverse nazioni, ma appartenenti al medesimo proprietario, siano regolati da leggi diverse, e tante quanti sono gli Stati in cui si trovano. Tutto insieme considerato, il sistema seguito dal nostro legislatore, qualora si abbia riguardo (ed esso lo ha ordinato espressamente) alle contrarie disposizioni della legge del paese nel quale i mobili si trovano, ci pare preferibile, poichè soddisfa pienamente a quel bisogno di certezza e di semplicità nelle leggi, che si fa così vivamente sentire nel nostro secolo.

ARTICOLO VIII.

Nella materia delle successioni due sistemi sono in conflitto nel dritto internazionale privato. Il primo stabilisce che la legge successoria deve essere quella della nazione del defunto. Questa dottrina fu professata da Cuiaccio, Puffendorff, Meyer, Tichorn, Muhlebruch, Mittermaier ed altri, e seguita dal nostro Legislatore. Essa fu inoltre recentemente adottata dal Codice Civile Egiziano, che stabilisce all'art. 75: « Le successioni sono regolate secondo le leggi della nazione, alla quale appartiene il defunto ». Il secondo sistema non ammette che si applichi in materia di successioni lo Statuto personale se non per ciò che riguarda i mobili, ma quanto agl'immobili ne rigetta assolutamente gli effetti e li sottopone alla legge del luogo della loro situazione. In quest'ultima parte questo sistema si riassume

nella seguente sentenza: « *Quot sunt bona diversis territorii obnoxia, totidem patrimonium intelliguntur* », e si può esprimere con l'antica formola: *tot haereditates quot territoria*. Insigni Pubblicisti e gravi Giureconsulti hanno vigorosamente sostenuta questa dottrina, fra i quali i due Vöet, Kubero, Vattel, Thibaut, Rocco, Valette, Foelix ed altri molti; e quasi tutte le legislazioni d'Europa, compreso il Codice Napoleone, l'hanno adottata. Nullameno, a me sembra preferibile la soluzione data alla quistione dal nostro Legislatore, il quale, colla sua ardita, ma razionale innovazione, ha fatto cessare molte difficoltà e si è ispirato a principii veramente liberali. Quando, invero, per la morte di una persona, trattasi di succederle in tutti i suoi beni, il suo patrimonio si considera legalmente come un tutto, una *universitas juris*, senza che si abbia per nulla riguardo agli oggetti che lo compongono, e questa *universitas juris* rappresenta in certa qual guisa la persona del defunto, della quale è quasi una continuazione. « Il patrimonio, il quale non è punto un oggetto esteriore, così la facoltà di dritto dell'Università di Eidelberga, si confonde adunque in certo modo colla persona che ne è proprietaria ». Devesi quindi seguitare in questa materia lo statuto personale di colui, della cui eredità si tratta.

Questo era l'argomento più grave che invocavano i Giureconsulti sostenitori del primo sistema in tempi, in cui la distinzione degli statuti in reali e personali aveva una importanza di gran lunga maggiore di quella che ha al presente. Ai nostri giorni, invece, si attribuisce una maggiore efficacia ad alcune considerazioni di giustizia e di convenienza, che dagli antichi scrittori erano riguardate

siccome puramente accessorie. È generalmente ritenuto che la successione *ab intestato* si basa sulla presunta volontà del defunto. Ma la presunzione di questa volontà non può avere un certo carattere di verosimiglianza, se non è regolata dalla legge nazionale della persona della cui successione si tratta; poichè essa non ha conosciuto altra legge. Nè si devono dimenticare gl'inconvenienti che nascerebbero dalla divisione di un'eredità in tante eredità quanti sono i territorii in cui sono posti gl'immobili. Così si vedrebbe, in una medesima successione, un parente raccogliere la sua parte dei beni del defunto in uno Stato, non in un altro, le cui leggi non gli riconoscono tal dritto. Nè ha molto valore l'argomento addotto dai sostenitori della contraria dottrina, e dal sig. Mailher de Chassat fra gli altri, che le sovranità sono indipendenti l'una dall'altra, e non sono tenute a soffrire per gl'immobili posti nel loro territorio l'applicazione delle leggi straniere. Sono queste ragioni dettate da quella gelosia e diffidenza da Stato a Stato, che non hanno più ragione di essere ai nostri giorni, molto più, che qui non si tratta di materia che interessi da vicino l'ordine pubblico, poichè i carichi e le imposizioni che, secondo la legge del luogo, *rei sitae*, gravitano sugli immobili, producono il loro effetto, qualunque sia la persona dell'erede.

Vi possono però essere dei casi che presentano apparentemente qualche difficoltà per essere regolati conformemente al nostro sistema. Così, Ferdinando 1° di Borbone per ricompensare Nelson delle sue vittorie sui Francesi, e più dell'aiuto che gli aveva dato in sedare la rivoluzione di Napoli, lo nominò Duca di Bronte e gli concesse grandi

feudi che eresse in maggiorasco. Questi beni passarono poi ai discendenti in linea maschile primogenita dal nipote di Nelson. Secondo la legge inglese questi beni non solo devono passare al primogenito alla morte del padre, ma sono ancora assolutamente inalienabili; e se si desse vigore a questa legge, i maggioraschi ed i fidecommessi che furono aboliti fra noi, verrebbero ad essere indirettamente permessi. Per avere una soluzione conforme a giustizia è necessario fare una distinzione. Che il primogenito debba ereditare tutti i beni paterni, questo è uno statuto successorio, e come tale avrà vigore anche in Italia, quando trattisi della successione di un Inglese. Ma il vincolo dell'inalienabilità, che la legge britannica ha stabilito nello interesse della sua grande aristocrazia, è contrario a tutti i principii ricevuti presso di noi in fatto di dritto pubblico, e non potrebbe estendersi ai beni posti in Italia, quantunque appartenenti ad un suddito del Regno Unito. In questa fattispecie si applicano l'art. 7º, che stabilisce gl'immobili essere regolati dalle leggi del luogo in cui sono situati, e l'art. 12 di questo Titolo, in virtù del quale in nessun caso « le leggi di un paese straniero potranno derogare alle leggi proibitive del Regno che concernono le persone, i beni o gli atti, nè alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ».

ARTICOLO IX.

Le leggi concernenti la forma degli atti sono reali o personali? Nessuna regola fissa si può stabilire; se l'atto versa sui beni, la legge, che ne regola le forme, sarà reale;

personale nel caso contrario. Paolo Vöet aveva detto, questa specie di leggi rientrare nella categoria degli statuti misti: *Mixta dicuntur meo sensu quae licet forte vel in rem, vel in personam loquerentur, non tamen principaliter de re vel de persona disponant, verum de modo vel solemnitate in omnibus negotiis et causis sive judicialibus, sive extra-judicialibus adhibenda*. Qualunque cosa si pensi sulla classificazione di Vöet, è importante il determinare quale sia la legge che regge la forma degli atti, e dentro quali limiti possa essere ammessa l'antica formula: *locus regit actum*.

Delle formalità, prendendo questa parola in senso lato, si sono fatte quattro classi dal sig. Merlin, che in questo punto è stato seguito dalla maggior parte dei Giureconsulti. Si sono distinte le formalità *estrinseche* o *probandi*, le quali concernono la forma esterna e strumentaria dell'atto, dalle *abilitanti* che determinano la capacità dei contraenti, dalle *intrinseche* che regolano le condizioni e gli effetti dei diversi atti, e da *quelle di esecuzione* che stabiliscono le regole, secondo cui deve procedersi per ottenere che un atto sia eseguito. È necessario esaminare partitamente in ordine a queste quattro specie di formalità, quale sia la legge da applicarsi.

I. Quanto alle forme esterne degli atti è principio ricevuto presso le nazioni, che devesi aver riguardo alla legge del luogo in cui l'atto fu stipulato, il che sogliono i Giureconsulti esprimere colla formola di sopra citata: *locus regit actum*. Questo principio è tanto generalmente ammesso che i Compilatori del Codice Napoleone stimarono inutile il consacrarlo con una espressa disposizione di legge, e rigettarono un articolo che faceva parte del titolo prelimi-

nare nel progetto del Governo e che diceva formalmente: « *La forme des actes est réglée par les lois du pays, dans lequel ils sont passés* ». Ma pure, da un principio così semplice in apparenza, derivano realmente nella pratica numerose difficoltà. E in prima, che ogni Stato sia tenuto a permettere che abbiano effetto nel suo territorio gli atti stipulati all'estero, in conformità alla legge del luogo, questo è innegabile, ma non può estendersi questo principio in guisa che si venga a ledere, od a menomare in qualche modo la sovranità dello Stato, nel quale l'atto deve essere eseguito. Un esempio notevole ne abbiamo nella legge degli Stati Uniti, secondo la quale, per le disposizioni di ultima volontà riguardanti beni immobili, deve applicarsi la legge del luogo in cui sono posti. Nè vale il dire che in questo modo si accumulano nel medesimo atto forme diverse e disparate; è questo un inconveniente senza dubbio, ma inevitabile in questa materia, nella quale la volontà del Legislatore non è pienamente sovrana, e non può imporre le sue soluzioni delle quistioni di dritto più importanti, alle altre nazioni.

Un'altra grave quistione è quella di sapere se questo principio debba essere ugualmente applicato agli atti pubblici ed alle scritture private. Duranton insegnava che, siccome la regola — *locus regit actum* — è fondata sulla necessità delle cose, non può agire al di fuori dei limiti di questa necessità. Così, se la legge di una Nazione straniera stabilisca che la scrittura privata basti per un contratto, per il quale la legge francese esige un atto pubblico, il Francese deve conformarsi alla sua legge nazionale anche per gli atti ch'egli stipulerà in paese straniero. Il signor

Foelix considera come un errore questa opinione del Duranton, ed abbraccia invece la dottrina professata dal signor Merlin, che tanto per gli atti pubblici come per le scritture private deve sempre applicarsi il principio che la legge, regolatrice delle forme esterne dei contratti, è quella del luogo in cui furono stipulati. Questa dottrina ci sembra da adottarsi, poichè la differenza tra l'atto autentico e l'atto privato è semplicemente di forma, e per la forma non è chi neghi l'impero della legge del luogo del contratto.

Quando una, o più persone della stessa nazionalità nel fare un atto all'estero seguirono non la legge del luogo in cui si trovavano, ma quella della loro patria, quest'atto sarà valido? Il nostro Legislatore ha risolto la quistione affermativamente, conformandosi alla dottrina prevalente nella scienza moderna. Ma alcuni Giureconsulti, massimamente fra gli antichi, seguirono un'opinione contraria. Così il Dumoulin (citato dal Casanova) il quale diceva: *Est omnium doctorum sententia, ubicumque consuetudo vel statutum locale disponit de solemnitate vel forma actus, ligari etiam exteros ibi actum illum gerentes*. Ma questa opinione (confermata dal Parlamento di Parigi con sentenza 15 gennaio 1721) non è conforme ai principii di ragione. In vero, la soggezione degli individui alla loro legge nazionale forma la regola generale; l'impero della legge del luogo in cui l'atto fu compiuto non è che una eccezione, fondata sopra gravi ragioni di convenienza, senza dubbio, ma non tale che possa estendersi a tutti quei casi, per i quali non militino le medesime ragioni. Così, se una o più persone, trovandosi all'estero, vollero seguire le forme che erano imposte per un atto dalla loro legge nazionale

comune, non si vede il perchè dovrebbe negare a quest'atto ogni effetto nella loro patria. Ma qui un'avvertenza è necessaria. Un contratto, stipulato colle forme richieste dalla legge del luogo, ha vigore dappertutto, poichè le altre nazioni sono tenute, per motivi di utilità generale, a riconoscerne l'efficacia; ma, per contro, un atto stipulato all'estero tra due persone che vollero seguire le forme richieste dalla loro legge nazionale comune, non avrà vigore che nella loro patria. Un esempio gioverà a stabilire meglio questa teorica del resto chiarissima. Un Italiano possiede dei beni in Italia, in Francia ed in Inghilterra, ha la sua residenza in Germania; ivi muore e fa testamento, conformandosi alla legge italiana: la sua disposizione non sarà valida che per i beni posti in Italia; ma se egli avrà seguite le forme imposte dalla legge tedesca, il suo testamento avrà un'efficacia generale per tutto il suo patrimonio.

II. Quanto alle formalità abilitanti che stabiliscono la capacità dei contraenti, devesi consultare soltanto la loro legge nazionale. Le leggi di tal fatta, invero, costituiscono degli statuti personali *quae sequuntur personam*. Così, la moglie italiana non può contrarre nessuna obbligazione all'estero neppure per i suoi beni posti fuori d'Italia, senza l'autorizzazione del marito. Su questo punto nessun dubbio è possibile.

III. Quanto alle formalità *intrinseche* che regolano gli effetti degli atti, bisogna distinguere gli atti unilaterali, come le donazioni ed i testamenti, dai bilaterali. Gli effetti dei primi sono sempre regolati dalla legge nazionale dei disponenti. In favore di questa massima sta la presunzione che la volontà di un individuo, che compie un atto della

vita civile, si riferisca piuttosto alle leggi che egli conosce che non a quelle che egli ignora; ed è naturale il supporre che altri conosca meglio le leggi della sua patria, che non le straniere. Così deve decidersi per regola generale, ma è sempre salva la dimostrazione di una contraria volontà.

Per ciò che concerne gli atti bilaterali bisogna premettere che quando si tratta di interpretare un contratto, è alla legge del luogo dove fu stipulato, che devesi avere unicamente riguardo. « *Tout homme*, dice benissimo il sig. Merlin, *est censé attacher aux clauses du traité qu'il fait dans un pays, le sens et les conséquences qu'y attachent les lois de ce pays: ce que les contractants ont omis est supplé par la loi* ».

Quanto alle conseguenze dei contratti bisogna richiamare la distinzione proposta dai sigg. Merlin e Blondeau, che abbiamo apprezzata parlando della non-retroattività delle leggi. Siccome gli effetti derivano immediatamente dalla convenzione medesima e ne sono il risultato diretto, si reputano ad essa affatto inerenti, e sono retti dalla legge del luogo della stipulazione. Così nel contratto di compra e vendita l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo convenuto, e del venditore di consegnare la cosa, sono due effetti del contratto, del quale senza di essi non si potrebbe immaginare l'esistenza. Le conseguenze invece non sono il risultato diretto e necessario della contratta obbligazione, esse derivano il loro nascimento da un fatto posteriore, e, per quanto dipendano dalle relazioni in cui furono posti i contraenti dalla convenzione, non ne dipendono però che in modo assai remoto ed accidentale. Non le ha prodotte il fatto di ambedue i contraenti, ma quello di un solo; tali

sarebbero, p. e., la mora, la colpa, la negligenza nell'eseguire l'obbligazione; esse quindi non dovrebbero essere rette che dalla legge del luogo dove il fatto avvenne. Così se si contrae un mutuo in Italia, e si conviene che la restituzione sarà fatta in Russia; ed il pagamento non si fa nel giorno stabilito, la legge italiana regolerà tutti gli effetti del contratto, ma per decidere se la mora del mutuatario dia luogo all'azione dei danni ed interessi in favore del mutuante, e sotto quali condizioni, è alla legge russa che debbesi aver riguardo, non all'italiana. Questa dottrina professata dal Rocco, e dai più accreditati tra i moderni scrittori, mi sembra conforme a ragione; ma siccome il nostro Codice non ha fatto questa distinzione, e non si deve distinguere dove il Legislatore non ha distinto, io non ardirei dire che essa debba essere seguita dai nostri Magistrati nel decidere le quistioni che possono presentarsi.

Un'altra eccezione a questo principio sogliono porre i Giureconsulti per il contratto di matrimonio, il quale deve essere retto dalla legge del luogo del domicilio coniugale, vale a dire dalla legge nazionale del marito; ma anche qui io debbo dire che per le medesime ragioni non posso accogliere questa opinione, se non con tutte le riserve, per quanto essa apparisca fondata e ragionevole.

Qui cade in acconcio il dir qualche cosa della prescrizione estintiva delle obbligazioni. Quanto alla prescrizione acquisitiva degli immobili e dei mobili appena è necessario far notare che per i primi deve essere retta dalla legge del luogo, *rei sitae*, per questi dalla legge nazionale del possessore.

La prescrizione estintiva, secondo il signor Merlin, deve

essere regolata dalla legge del domicilio del debitore; altri sostengono che bisogna consultare unicamente in questa materia la legge del luogo dove si dovrebbe proporre l'azione. Rocco, Mansord, Reinharth, e Schaeffner opinano doversi stare alla legge del luogo in cui si contrasse l'obbligazione. Questa opinione comincia a prevalere nella giurisprudenza di tutta Europa, e ci sembra più conforme a ragione, ed allo spirito ed alla lettera dell'articolo in esame. In vero la durata dell'azione dipende tanto e così intimamente dalla natura dell'obbligazione, che quella si suol misurare dal valore di questa. E poi è necessario che la prescrizione sia determinata in modo certo e da una legge sola, e se si abbracciasse uno dei due primi sistemi, si verrebbe a dar luogo a numerose incertezze. *Nam, dice Hertio (citato dal Rocco), si actio nonnisi secundum leges loci ubi iudicium instituitur praescriberetur, interdum incertissima forent praescriptionis tempora, quoniam unus homo diversis locis non raro potest conveniri.*

Se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, la sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla loro legge nazionale. La ragione, su cui è fondata questa eccezione posta dal nostro Legislatore alla regola generale, è così evidente che nessuna spiegazione è necessaria.

IV. Quanto alle formalità *esecutive*, questo sarebbe forse il luogo più acconcio per parlarne, ma volendo interamente seguitare l'ordine del Codice, mi riserverò di discorrerne commentando l'articolo seguente.

ARTICOLO X.

Un Giudice, che pronunzia tra due parti litiganti, che spiega una vera giurisdizione, ritrae tutto il suo potere dalla legge e dalla sovranità del luogo, in cui esercita le sue funzioni. Ecco un principio, sul quale non si è mai disputato. La giurisdizione emana dal Sovrano, e quell'antico uso che è ancora in vigore in tutti gli Stati d'Europa, che sono retti a forma monarchica, di pronunziare le sentenze in nome del Re, ne è una prova manifesta. Ciò posto, è logico il dedurne, che il determinare la misura, secondo cui la giurisdizione è ripartita tra le varie autorità giudiziarie di uno Stato, e le forme, secondo cui si deve procedere innanzi alle medesime per ottenere giustizia, spetta alla legge dello Stato. Lo straniero, che per far valere i suoi diritti ha adito un Tribunale di un estero paese, si presume essersi per ciò stesso assoggettato a tutte le leggi, dalle quali è retto, ed in virtù delle quali pronunzia quel Tribunale. Egli non potrebbe imporre le sue leggi nazionali, singolarmente in questa che è materia strettamente connessa all'ordine pubblico. Su ciò convengono senza eccezione, dottrina e giurisprudenza, le quali si accordano pure nel riconoscere che i mezzi di prova di un'obbligazione devono essere regolati dalla legge del luogo in cui fu contratta; e ciò in omaggio al tacito consenso dei contraenti, ed anche perchè sarebbe un sorprenderne la buona fede, il non ammetterli a far valere quelle prove, alle quali la legge del luogo del contratto attribuiva efficacia, e sulle quali essi avevano contato per accertare l'esistenza dei loro diritti.

Ma le difficoltà sono maggiori in ordine alle sentenze pronunziate da esteri Tribunali e da eseguirsi in Italia. In questo caso l'autorità sovrana, da cui emana la Sentenza, è diversa da quella, in nome della quale deve essere eseguita; e sarebbe un ledere l'indipendenza degli Stati lo attribuire effetto esecutivo alle decisioni delle autorità giudiziarie straniere. Logica conseguenza di questo principio è, che nessuna sentenza pronunziata da esteri Tribunali può essere mandata ad esecuzione in uno Stato, se non vi sia la previa autorizzazione dei suoi Magistrati.

Sin qui tutto procede senza contrasto; ma le difficoltà sono maggiori nel determinare se l'*exequatur* debba essere accordato a tali sentenze sulla semplice domanda, o soltanto dopo avere esaminato il merito della quistione. In Francia, dove prevalse sempre nella scienza e nella legislazione un gretto ed esclusivo attaccamento a tutto ciò che è francese, ed una esagerata gelosia verso le altre nazioni, si ritenne costantemente che le sentenze pronunziate da Giudici stranieri non avessero alcuna efficacia nel territorio dello Stato, e non pregiudicassero in guisa alcuna i dritti dei cittadini francesi. L'articolo 121 dell'Ordinanza 15 giugno 1621 (citata dal Casanova), dispone: « *Les jugements rendus ès royaumes et souverainetés étrangères n'auront aucune exécution en notre royaume, et nonobstant les jugements nos sujets, contre lesquels ils ont été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant nos officiers* ». È concorde giurisprudenza delle Corti francesi che tale disposizione fu mantenuta dal Codice Napoleone. In Inghilterra e negli Stati Uniti prevalse un sistema diametralmente opposto; ivi si accorda

senz'altro il *pareatis* a qualunque sentenza pronunziata all'estero da un Tribunale competente. In Austria ed in alcuni Stati della Germania lo stesso sistema è in vigore, ma alla condizione della reciprocità.

Ambedue queste dottrine sono eccessive, ma più la francese. È inesatto sostenere in modo assoluto, che la sentenza sia un atto di sovranità che non può avere efficacia fuori del territorio, nel quale fu resa. Che uno Stato non abbia il dritto di procedere senz'altro in estero paese alla esecuzione delle sentenze dei suoi Magistrati, non vi è alcuno che lo neghi. Ma questo dritto nulla ha di comune con la richiesta che il Tribunale di uno Stato dirige a quello di un altro, per ottenere che siano mandate ad effetto le sue sentenze. Un giudice dichiarando esecutoria la sentenza dei Magistrati stranieri non fa altro in sostanza che decretare che la forza pubblica presti il suo appoggio alla parte che giustifica con quella sentenza di essere dal lato della ragione. La presunzione, che le decisioni dei giudici siano basate sulla verità e sulla giustizia che milita per i Tribunali dello Stato, deve valere ancora in favore dei Tribunali degli altri paesi; ciò è imperiosamente richiesto dalla reciproca cortesia tra le nazioni, e, quel che più monta, da gravi motivi di interesse generale (*ex comitate ob reciprocam utilitatem*). Ma sarebbe un estendere questa presunzione oltre i giusti limiti, l'accordare l'*exequatur* a qualunque sentenza per quanto iniqua, e pronunziata con evidente dispregio delle forme, da un Tribunale che non offra nessuna garanzia di indipendenza e di giustizia. Nel sistema inglese non si può negare il *pareatis* neppure ad una sentenza dello Shah di Persia che la faccia da giudice e da

legislatore insieme, e che pronunzi con un rescritto anche in materie che personalmente lo riguardino.

Il sistema seguito dal nostro Legislatore è più razionale e concilia mirabilmente gli interessi della giustizia coi riguardi reciproci fra le nazioni. *L'exequatur* alle sentenze delle autorità giudiziarie straniere è dato « dalla Corte di Appello, nella cui giurisdizione debbono essere eseguite, « premesso un giudizio di deliberazione in cui la Corte « esamina:

« 1° Se la sentenza sia stata pronunziata da un'autorità giudiziaria competente;

« 2° Se sia stata pronunziata, citate regolarmente le parti;

« 3° Se le parti siano state legalmente rappresentate o legalmente contumaci;

« 4° Se la sentenza contenga disposizioni contrarie « all'ordine pubblico o al dritto pubblico interno del regno » (Cod. Proc. Civ.; art. 941).

Che i modi di esecuzione degli atti e delle sentenze debbano essere regolati dalle leggi del luogo in cui si procede all'esecuzione, questa è una conseguenza di quel che abbiamo detto fin ora. L'esecuzione si fa in nome del Sovrano che impera nel territorio: non si possono adunque invocare le leggi straniere senza offendere manifestamente questa sovranità. Così non si potrebbe procedere nel Cantone di Ginevra all'arresto personale del debitore, per l'adempimento di una obbligazione che derivi da violenza, da dolo o da spoglio, ancorchè questa obbligazione sia stata contratta in Italia; poichè le leggi di quel paese non ammettono in materia civile questo barbaro modo di esecuzione.

ARTICOLO XI.

Che le leggi penali e di polizia debbano obbligare tutti coloro che risiedono nel territorio dello Stato è un principio di dritto delle genti di cui non si potrebbe disconoscere la giustizia. Sarebbe un concedere allo straniero un privilegio assurdo il permettergli d'infrangere impunemente le leggi del paese di cui è ospite, e che gli accordano protezione contro tutti i torti che gli potrebbero esser fatti, soltanto perchè si presume che egli voglia alla sua volta rispettarle. Sogliono dire i pubblicisti che al momento in cui uno straniero entra nel territorio di uno Stato, una tacita convenzione ha luogo tra lui ed il Sovrano di questo Stato. Il primo si obbliga ad obbedire a tutte quelle leggi che riguardano la sicurezza ed il bene del paese in cui risiede, ed il Sovrano in cambio gli assicura il libero e tranquillo godimento di tutti quei diritti che siano conciliabili colla giustizia e coll'interesse dello Stato. Solevano dire gli antichi: *intrasti urbem, ambula iuxta ritum eius*.

Non si può quindi negare il dritto che ha uno Stato di punire secondo le sue leggi gli stranieri che le abbiano infrante. Nè essi potrebbero sostenere che il Tribunale del luogo del commesso reato non è competente a condannarli, e che questo potere spetta soltanto ai Magistrati della loro nazione; poichè è la legge straniera che essi hanno infranto, non la nazionale; nè potrebbe questa renderli immuni dalla vendetta dello Stato (mi si passi la frase), del quale hanno, col fatto proprio, turbato l'ordine. Ma su questo punto gli scrittori non sono pienamente d'accordo. Il Vöet, a cagion d'esempio, ritiene che i Tribunali di uno

Stato possono giudicare, a tenore delle leggi che vi imperano, quei cittadini del medesimo, che avessero commesso all'estero un reato. Il sig. Piuheiro-Ferreira segue la medesima opinione, ma crede essere necessaria una querela. Il Klüber, il Mittermaier ed altri hanno adottata una dottrina recisamente contraria, ma in modo troppo assoluto, a mio avviso. Che in principio e per regola generale spetti la giurisdizione per punire i reati allo Stato in cui furono commessi, poichè esso è il più interessato ad infliggere una pena a chi ne ha sconvolto l'ordine, questo si può ammettere senza difficoltà. Ma questa regola va soggetta ad alcune eccezioni. Così i reati commessi all'estero contro la sicurezza dello Stato, e che tendono a sconvolgerne l'ordinamento, sono puniti secondo le leggi dello Stato offeso; e se un delitto è commesso all'estero da un Italiano a danno di un suo concittadino, la legge italiana si deve applicare (qualora il delinquente non sia stato punito nel paese in cui fu perpetrato il reato) dai Tribunali Italiani. Ma non potrei distendermi più oltre in questa materia, senza entrare a discorrere di argomenti che interessano assai più da vicino il Dritto Penale, ed il Dritto Internazionale pubblico, che il privato; basta aver accennato al principio generale, e come complemento di quel che ho detto finora, mi limiterò a far notare che la disposizione di questo articolo non può applicarsi agli Ambasciatori e Ministri plenipotenziarii delle estere nazioni residenti in Italia: tutto ciò che li riguarda è retto dal Dritto delle Genti e dai Trattati.

ARTICOLO XII.

Questo articolo non fa che esprimere una prudente riserva, della quale non occorrono molte spiegazioni per apprezzare la ragione.

Il Legislatore italiano ha largheggiato a favore delle leggi straniere, e delle sentenze pronunziate all'estero; ma sarebbe un eccedere i limiti di una ragionevole liberalità il permettere che da quelle leggi o da quelle sentenze ne venisse qualche detrimento all'ordine pubblico dello Stato, al mantenimento del quale è precipuo dovere del Legislatore di vegliare costantemente. Favorire gli stranieri è cosa eccellente e conforme alle idee prevalenti ai nostri giorni, alla umanità, alla giustizia ed all'utilità dello Stato, ma permettere agli stranieri ciò che per gravi motivi di interesse generale si è vietato ai cittadini, sarebbe un creare un odioso privilegio che nessuna ragione di convenienza basta a giustificare.

Sinora ho seguito l'ordine del Codice, ed ho preferito fare un commento delle sue disposizioni, che esporre sistematicamente i principii generali sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi. Credo però che mi sia lecito, riassumendo, esporre a grandi tratti qual sarebbe stato, a mio avviso, il piano più razionale da seguirsi in questa materia. Così avrò riunito insieme i vantaggi del metodo eseggetico e del dommatico, ed apparirà manifesto nel riepilogo, quel che spesso non si vede tanto chiaro nel Codice, quale sia cioè il nesso intimo tra una disposizione e l'altra.

Quando la legge è sanzionata, essa esce dal dominio del potere legislativo, ed un comando del Capo del potere esecutivo ne ordina l'esecuzione; a questo atto si è dato il nome di promulgazione. Una volta promulgata, la legge obbliga tutti i cittadini che ne hanno avuto conoscenza; ed, a meno di una espressa disposizione contraria, tutte le leggi si pre-

sumono conosciute dall'universale quindici giorni dopo la loro pubblicazione. È questa una presunzione *juris et de jure*, che non ammette alcuna prova contraria.

Così comincia l'impero della legge, il quale poi non cessa se non quando il Legislatore l'abbia espressamente revocata, o quando essa sia manifestamente incompatibile colla nuova legge, ovvero se questa regoli tutta la materia che formava oggetto dell'antica.

Siccome però è impossibile che la legge contempli tutti i casi che si presentano nella pratica, spesso avviene che debba il Magistrato, che è incaricato di applicarla alle particolari contingenze, ricorrere ad argomenti che lo guidino nel risolvere le controversie conformemente alla intenzione del Legislatore. Commentando l'articolo 3º, ho accennato alle regole principali dell'interpretazione, alla quale si può pure riferire la disposizione dell'articolo 4º.

Era però importante il determinare esattamente i confini, entro i quali la legge estende il suo impero nel tempo e nello spazio. Quanto al tempo in generale si può dire che la legge non dispone che per l'avvenire, essa non ha effetto retroattivo. Questo principio però, così seccamente formulato, se è sufficiente in un Codice, non basta ai bisogni della pratica, senza alcune importanti spiegazioni che si sono date a suo luogo, e sulle quali è inutile insistere. Quanto poi allo spazio è necessario di distinguere le leggi in due categorie: quelle che imperano in tutto il territorio dello Stato senza riguardo speciale alle persone, che sono direttamente, ed indirettamente, l'oggetto delle loro disposizioni, e quelle che si attaccano in certa qual guisa alle persone per seguirle in qualunque luogo si trovino. Nella

prima categoria rientrano, secondo il nostro Codice, le leggi penali e di polizia, quelle che riguardano l'ordine pubblico, od il dritto pubblico interno dello Stato, quelle che regolano i beni immobili, le forme esterne degli atti, la sostanza, gli effetti ed i mezzi di prova delle obbligazioni, la competenza, le forme dei procedimenti, ed i modi di esecuzione, degli atti e delle sentenze. Fanno parte della seconda le leggi concernenti lo stato e la capacità delle persone, il dritto successorio, i beni mobili, e la sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà.

A me sembra che questo piano sia da preferirsi a quello che ha tracciato il nostro Legislatore, siccome più razionale, ed idoneo a mostrare chiaramente la ragione di alcune disposizioni. Ma io ho preferito darne un rapidissimo cenno, anzichè seguirlo nel corso del mio scritto, poichè mi parve pericoloso l'innovare in fatto di metodo.

Si può qualche volta criticare una disposizione di legge anche da un semplice *studente*: ma proporre e seguire arditamente un ordine ed un metodo diverso da quelli che prevalgono in un Codice compilato da sommi Giureconsulti, mi parve equivallesse a presumere troppo del mio criterio personale. — Credo che pochi giovani della mia età e coi miei studii, volendo essere sinceri, potrebbero tenere un diverso linguaggio.



115477

